

**LA CRISIS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE SALUD COMO
SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL A CARGO DEL ESTADO: CAUSAL DE UNA
FALLA EN PRESTACIÓN DEL SERVICIO EN COLOMBIA**

ALEXANDRA LILIANA GALINDO FONSECA (Q.E.P.D)

MARIO ALBERTO BEDOYA GONZÁLEZ

JUAN BENJAMIN GONZÁLEZ GUEVARA

**UNIVERSIDAD LIBRE
INSTITUTO DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ, D.C.
2015**

**LA CRISIS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE SALUD COMO
SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL A CARGO DEL ESTADO: CAUSAL DE UNA
FALLA EN PRESTACIÓN DEL SERVICIO EN COLOMBIA**

ALEXANDRA LILIANA GALINDO FONSECA (Q.E.P.D)

MARIO ALBERTO BEDOYA GONZÁLEZ

JUAN BENJAMIN GONZÁLEZ GUEVARA

Tesis de grado para optar al título de Magister en Derecho Administrativo

Director de Tesis:

Dr. ÓSCAR ANDRÉS LÓPEZ CORTÉS

UNIVERSIDAD LIBRE

INSTITUTO DE POSGRADOS

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ, D.C.

2015

CONTENIDO

| | |
|--------------------|---|
| INTRODUCCIÓN | 8 |
|--------------------|---|

CAPITULO I

| | |
|--|----|
| EL CONCEPTO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA Y SU ESTADO ACTUAL..... | 11 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| 1.1 Evolución histórica del concepto de seguridad social en salud en Colombia. | 11 |
| 1.1.1 La salud en la Nueva Granada. | 11 |
| 1.1.2 La salud luego en las reformas constitucionales. | 16 |
| 1.2 El concepto de lo social como fundante de la transformación del estado a partir de la Constitución Política de 1991. | 18 |
| 1.3 Principios orientadores de la salud en Colombia. | 21 |
| 1.4 La seguridad social como derecho fundamental y como servicio público..... | 32 |

CAPITULO II.

| | |
|--|----|
| LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL BASADO EN LA FALLA DEL SERVICIO..... | 34 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| 2.1 El servicio público..... | 34 |
| 2.1.1 El servicio público en Alemania: análisis de la teoría de la procura asistencial. | 34 |
| 2.1.2 El <i>service publique</i> francés..... | 36 |
| 2.1.3 El servicio público en Colombia | 38 |
| 2.2 La responsabilidad civil extracontractual por falla del servicio..... | 40 |
| 2.2.1 Concepto y naturaleza de la responsabilidad civil extracontractual. | 40 |
| 2.2.2 La falla del servicio. | 41 |
| 2.2.2.1 Falla probada del servicio..... | 43 |
| 2.2.2.2 Falla presunta del servicio. | 44 |
| 2.2.3 Requisitos exigidos para que se pueda atribuir al Estado la responsabilidad por falla del servicio a la luz del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia. | 44 |

| | |
|---|----|
| 2.2.3.1 Daño antijurídico. | 45 |
| 2.2.3.2 Elemento material: acción u omisión del Estado..... | 45 |
| 2.2.3.3 La imputabilidad o <i>imputatio iuris</i> | 46 |

CAPITULO III.

LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y COMO SERVICIO PÚBLICO EN COLOMBIA..... 48

| | |
|---|----|
| 3.1 ¿Qué se entiende por salud? | 48 |
| 3.2 La salud como servicio público en Colombia | 50 |
| 3.2 La salud como derecho fundamental en Colombia. | 53 |
| 3.2.1 La primera concepción en la Constitución Política del derecho a la salud como fundamental. | 53 |
| 3.2.2 La salud como derecho fundamental en virtud del criterio de la conexidad. | 54 |
| 3.2.2.1 La teoría del garantismo como criterio adoptado por la Corte Constitucional para la conexidad..... | 54 |
| 3.2.3 El paso del derecho a la salud como fundamental sin la figura de la conexidad con el derecho a la vida y la integridad personal. | 57 |
| 3.2.4 El paso legislativo a la declaración como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano: análisis de la Ley 1751 del 16 de febrero de 2015..... | 60 |
| 3.2.5 La nueva concepción del derecho fundamental a la salud desde el punto de vista de los derechos sociales fundamentales de Robert Alexy y Rodolfo Arango en la Ley 1751 de 2015. | 64 |

CAPITULO IV

LA RESPONSABILIDAD IMPUTABLE AL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD..... 70

| | |
|---|----|
| 4.1 ¿Cómo estamos en salud en Colombia?..... | 70 |
| 4.2 La responsabilidad civil extracontractual del Estado por la falla en el servicio público de salud. | 75 |

| | |
|--|-----------|
| CONCLUSIONES..... | 81 |
| PROPUESTAS DE MEJORA | 85 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS..... | 88 |

INDICE DE TABLAS

| | |
|---|----|
| Tabla No. 1. Los criterios del servicio público..... | 33 |
| Tabla No. 2. Incremento de afiliaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud..... | 70 |

INDICE DE GRÁFICAS

| | |
|--|----|
| Gráfica No. 1. Relación triangular de la responsabilidad en la doctrina francesa..... | 42 |
|--|----|

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política en su artículo 49 enuncia y califica la salud en Colombia como un servicio público en cabeza del Estado, el cual de acuerdo a dicho texto constitucional debe ser prestado y garantizado a todos los colombianos bajo los principios de “eficiencia, universalidad y solidaridad”. Para cumplir con dicho deber la Carta Magna en el inciso tercero del artículo mencionado, permite que entidades del sector privado brinden este servicio bajo la figura de la delegación y la descentralización, haciendo la claridad de que la prestación del servicio de salud debe estar bajo la supervisión de las autoridades que el Gobierno Colombiano asigne para ello.

A pesar de existir tal responsabilidad en cabeza del Estado, la situación del sistema de seguridad social en salud en Colombia, es caracterizada por constantes deficiencias en el servicio, así como falta de cobertura, calidad y oportunidad en los mismos, constituyéndose una de las principales causas de dichas falencias, la crisis que en la actualidad adolece el sistema de seguridad social en salud. Así las cosas, y bajo la premisa de que es responsabilidad del Estado el garantizar la prestación del servicio, en la presente disertación se plantea como problema de investigación, determinar si la crisis del sistema de seguridad social colombiano en salud puede constituirse como una causal de falla del servicio público de salud imputable al Estado.

Así las cosas, el objetivo general de la investigación se centra en determinar si la crisis del sistema de seguridad social en salud, se constituye como una falla del servicio imputable al Estado. Para poder abordar este objetivo general, se plantearon tres objetivos específicos. El primero de ellos, corresponde a establecer en qué consiste el concepto de seguridad social en salud en Colombia. En segundo lugar, determinar en qué consiste la teoría de la falla del servicio y cómo puede aplicarse esta teoría en el servicio público de salud en Colombia. En tercer lugar, se busca analizar el nexo de causalidad existente entre la prestación del servicio público de salud y las falencias que se presentan en la actualidad en el sistema de seguridad social en salud, bajo la teoría de la falla del servicio imputable al Estado.

Ahora bien, la hipótesis en la que se basa esta investigación, atiende a la inferencia de que la inadecuada e ineficiente prestación del servicio de salud corresponde a una falla atribuible al

Estado bajo la teoría de la responsabilidad civil extracontractual y sus elementos constitutivos: hecho – nexo causal – daño, toda vez que en la actualidad existen falencias en los recursos y servicios que constituyen el servicio público de salud en Colombia, tanto de índole económico como humano, así como una indebida administración de los mismos, circunstancias que generan un incumplimiento de los tiempos de respuesta y la calidad necesaria para atender las necesidades de la población, los cuales ocasionan en los usuarios del sistema un daño consistente en el deterioro de manera provisional o definitiva de su salud.

Para abordar el problema de investigación planteado, esta disertación cuenta con un enfoque de tipo socio jurídico, por medio del cual se busca analizar el Derecho en la vida social con el fin de estudiar cuál es su eficacia en la realidad y como forma de regulación de las relaciones sociales (Vanegas y otros, 2014). Para el caso concreto, con el desarrollo de esta investigación se busca dilucidar cuál es la realidad en la que se encuentra el Sistema de Seguridad Social en salud y si la crisis del mismo influye en que los preceptos enunciados por la Constitución Política de 1991 no se vean cumplidos.

De acuerdo al enfoque enunciado, anteriormente, el tipo de investigación que contiene estas páginas es de carácter descriptivo, mediante el cual se busca referir cuáles son los factores que inciden en la crisis que adolece el Sistema de Seguridad Social en Salud y en qué medida influye la misma en la inadecuada prestación del servicio de salud, con el fin de determinar si dichas falencias podrían constituirse como una falla del servicio atribuible al Estado, bajo la teoría de la responsabilidad civil extracontractual. Para lograr dicho cometido, se utilizó como método de investigación el de análisis y síntesis, mediante el cual se buscó descomponer los elementos del problema de investigación, para buscar cuáles son sus factores de relación, a lo cual dentro del método escogido se le denomina como síntesis (Vanegas y otros, 2014)

Aplicando dicho método en la investigación planteada se busca en primer lugar analizar en que consiste el concepto de seguridad social en salud y cuál es su desarrollo en Colombia, incluyendo cuales son los factores que determinan que el mismo no se preste tal como está contemplado en la Constitución Política de 1991, así como su relación con la teoría de la responsabilidad civil extracontractual y la falla del servicio, para posterior a ello aplicar la

síntesis o unión de estos dos conceptos y así determinar si la realidad de la crisis que a la fecha existe en el Sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia, se podría concebir como una falla del servicio atribuible al Estado.

De otro lado, el análisis de la crisis que existe en el Sistema de Seguridad Social en salud en Colombia y su presunta constitución como hecho generador de la falla del servicio imputable al Estado, es de gran relevancia en el ámbito jurídico constitucional y administrativo, toda vez que dicho análisis permitirá determinar cuál es la eficacia de los preceptos constitucionales acerca de la prestación del servicio público de salud, y las acciones que a la fecha se han adoptado por la vía legislativa para dar cumplimiento a los mismos.

Por último, los resultados que se esperan obtener con esta investigación es en primer lugar la corroboración de la hipótesis, y con ello la generación de una propuesta de mejora frente a la situación socio – jurídica problemática planteada. Además de lo anterior, se busca informar a la comunidad acerca de las falencias que presenta al Sistema de Seguridad Social, con el fin de crear una conciencia colectiva que permita a todo aquel que esté interesado en el tema generar propuestas de cambio a las mismas.

CAPITULO I

EL CONCEPTO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA Y SU ESTADO ACTUAL

Este capítulo, tiene como propósito, acercar al lector al concepto de la seguridad social en salud en Colombia y cuál ha sido su evolución histórica, sus principios fundantes de orden constitucional y legal, y la función que el Estado tiene a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991 y la Ley 100 de 1993.

1.1 Evolución histórica del concepto de seguridad social en salud en Colombia.

1.1.1 La salud en la Nueva Granada.

La salud en Colombia ha pasado por varias etapas, en cuanto a su formación como responsabilidad del Estado. Inclusive su formación data desde la misma historia del virreinato español en Colombia, es decir desde la época de conquista e independencia del Estado Colombiano. De acuerdo con Castro (2005), los primeros antecedentes en materia de salud en Colombia, datan desde la introducción de lo que se denomina como las reformas borbónicas, basadas en la introducción del discurso de la ciencia en la sociedad y prescindiendo de ideas religiosas y supersticiosas, en especial en el campo de la atención en salud.

En principio la atención hospitalaria, tenía como contexto y escenario de presentación las labores evangelistas y la caridad que debía tener la iglesia para con sus feligreses. Es por ello que el hospital era considerado como “una institución de caridad cuya función era beneficiar a los pobres”, bajo el precepto de la caridad y la hospitalidad, siempre a cargo de las órdenes religiosas. Así las cosas, el hospital o centro hospitalario se encontraba a cargo del clero y no del Estado, ya que se tenía la creencia de que las enfermedades que azotaban a las personas tenían un origen divino y era la manifestación de los pecados, por lo cual el tratamiento adecuado debía ser brindado por quien en la tierra representaba a Dios, es decir la iglesia.

Hasta la introducción de las reformas borbónicas, la atención en salud era vista como una actividad de socorro al necesitado y no como un deber en cabeza del Estado, siendo entonces vista la atención médica como “un servicio a los individuos más desfavorecidos de la sociedad, y por era no era el médico sino el cura quien se encargaba de administrar los cuidados al enfermo” (Castro, 2005, p. 143). A pesar de las buenas intenciones de la Iglesia en curar tanto los males del alma como los corporales, su efectividad se veía cuestionada por sus métodos poco terapéuticos, y más acordes con la ritualidad propia de las actividades evangelistas y filantrópicas, concibiéndose entonces la enfermedad como “un problema individual que tenía que ver más con el bienestar espiritual del paciente que con el bienestar material de la sociedad” (Castro, 2005, p. 143).

La principal característica de esta atención en salud, era que no se encontraba a cargo del Estado sino que la misma era prestada por entidades privadas, ya que las instituciones y órdenes religiosas no eran consideradas como parte del Estado (Castro, 2005), escapando entonces de la competencia de vigilancia del Estado la asistencia médica y de salud que dichas instituciones prestaban, aún más cuando las mismas se realizaban bajo la premisa de la caridad, y no de la necesidad de atención social. Ya con la introducción del modelo de Estado, que traía consigo las reformas borbónicas la salud y la asistencia médica se convertía en un tema de Estado al considerarse las condiciones saludables de la población como una circunstancia de beneficio y propicia para incrementar la economía. Así lo indica Castro (2005, p. 145), al decir lo siguiente:

Los Borbones hacen de la utilidad, la riqueza y “felicidad pública” sus pilares de gobierno. Esto suponía convertir al estado en el eje ordenador de todos y cada uno de los factores que intervenían en la vida social. El Estado borbón se coloca, como decía antes, en “la perspectiva del Todo”, es decir, asume la tarea de ejercer un control racionalmente fundado sobre las riquezas, el territorio y la población a su cargo, con el fin de fomentar el desarrollo económico del imperio. Semejante tarea suponía, por supuesto, intereses particulares. Era necesario expropiar a estos sujetos, del control sobre los flujos sociales de capital simbólico y económico, centralizando este control en manos de un sujeto único y absoluto: el Estado. En una palabra, el proyecto de gubernamentalidad implementado por los Borbones exigía la desprivatización de

aquellos ámbitos que resultaban claves para el incremento de la productividad económica. Y uno de esos ámbitos era el de la salud pública.

Con esta nueva visión, poco a poco se va reemplazando la idea tan arduamente defendida por la Iglesia de que los cimientos del Estado y sus políticas de gobierno debían ser siempre cimentadas en los preceptos religiosos, y comienza entonces una ruptura de la idea del poder asociado con la divinidad, concibiendo entonces que la base de progreso de un país, no deviene de sus costumbres y actividades religiosas, sino de su capacidad de producción y de su economía.

De la mano con esta revolución, viene la introducción de la ciencia como forma de atención en materia de salud, buscando aliviar a través de dicha metodología las dolencias corporales antes que las religiosas, para así garantizar unas condiciones propicias para laborar de aquellos que estaban en edad de hacerlo, además de un problema que debía ser estudiado y analizado por el Estado, como supremo garante del progreso de su sociedad. Así lo indica Castro (2005, p. 146), al decir lo siguiente:

(...) No es el cuerpo del individuo sino el cuerpo social el portador de la enfermedad. Por esta razón, el diagnóstico de la enfermedad está ligado a tecnologías poblacionales como los cálculos demográficos y esperanza de vida, el estudio racionalmente fundado sobre el papel de la educación, así como el conocimiento científico sobre la geografía y sobre las Leyes naturales que rigen el comercio. Lo que una enfermedad significa ya no depende de instancias privadas dispensadoras de sentido, como la Iglesia, sino de políticas públicas orientadas bajo un modelo económico.

Es por ello, que la conservación de la salud, se convierte en un tema de índole económico, y por eso de especial relevancia para el Estado, quien dentro de sus políticas públicas debía procurar el crecimiento económico, y sin una población saludable tal cometido difícilmente podía ser alcanzado. Por ello, la nueva atención médica se centraba en mayor medida en prevenir y proporcionar condiciones salubres adecuadas, disminuyendo entonces los índices de mortalidad por prácticas antihigiénicas o espacios insalubres, o indebida alimentación,

así como la introducción de la inoculación o vacunas preventivas a fin de prevenir la aparición de enfermedades, especialmente las más vulnerables y sensibles como los niños.

Otro cambio de importancia, es la relevancia y el papel que cumple el médico dentro de la atención en salud. Antes del Estado Borbónico, el médico era considerado como un papel secundario, ya que como se sostuvo con anterioridad el protagonismo en la atención médica la tenía el sacerdote en representación de la Iglesia, y no el médico como experto en la administración de la salud. Ya en el nuevo esquema, el médico cobra un papel central en la atención en salud, ya que al ser una política de Estado la atención a la población, quien fungía como médico lo hacía como funcionario del Estado y por ende representante de sus intereses, y no en favor de instituciones privadas como lo era la Iglesia, desligando entonces la actividad de la Iglesia a atender los males del alma y a brindar consuelo a los feligreses, más no a la atención de sus dolencias corporales.

En este nuevo contexto, “la obligación del Estado era proteger sus recursos humanos y velar por el aumento de la población, por lo cual la salud pública pasa a ser objeto de una estricta regulación estatal” (Castro, 2005, p. 155). Ahora bien como se ha dicho anteriormente, la razón de ser que el Estado adoptara una posición de injerencia en la salud pública, se encuentra basada en la necesidad de contar con una fuerza laboral saludable. De ahí que uno de los principales fines de la atención en salud en los Hospicios de la época, estuviera orientada a la extinción de toda aquella actividad que se considerará como contraria al progreso económico, dentro de las cuales se encontraba la mendicidad y la pobreza. Es por ello, que el médico no solo se dedicaba a atender a los enfermos, sino a clasificarlos y calificarlos como aptos o no para ejercer alguna labor de utilidad para el Estado, propugnando así, que toda la población habilitada físicamente desempeñara una ocupación, a fin de acrecentar de un lado la economía y de otro sus condiciones de salubridad y esperanza de vida.

De otro lado, con estas nuevas reformas, se siente latente la necesidad de reformar las instituciones hospitalarias y adecuarlas a las nuevas necesidades de la población y al propósito que con ello persigue el Estado. Por ello se inició una nueva reforma a las instalaciones de estas, con el fin de que las mismas pudieran tener las condiciones necesarias para prestar una asistencia

adecuada que arrojará resultados positivos. Así las cosas, el hospital “debía ser fundado idealmente, instaurado como un espacio universal de orden para combatir todo aquello que se desviase de la norma deseada y soñada” (Castro, 2005, p. 163), para lo cual debían adoptarse unos espacios racionalmente proyectados y con la previsión necesaria que permitiera anticipar dentro de lo posible, cualquier contingencia, y que además no solo contara con los espacios de atención médica y hospitalaria, sino con áreas destinadas a la investigación científica, que involucrarán no solo la medicina, sino otras disciplinas como la botánica o la astrología. Para esta nueva forma de construcción de los complejos hospitalarios, no solo se tenían en cuenta los espacios internos, sino las condiciones geográficas donde más se requerían así como la población a la cual se iba a atender, para de esa manera prevenir la expansión de epidemias como la viruela, la lepra o la gripe, buscando a toda costa aislar en la medida de lo posible tal población, de aquella que se encontraba sana. Así mismo, no solo se buscaba una atención curativa en los hospitales, sino ejercer un control previo de ingreso a las urbes, con el fin de evitar cualquier tipo de contagio o de advenimiento de epidemias.

Ahora bien, con esta nueva ola de atención del Estado, se evidenció la necesidad de que la Corona Española, dedicará más fondos para la creación y sostenimiento de estos centros hospitalarios. Según Castro (2005, p. 163), para sufragar tales gastos, se adoptaron las siguientes medidas:

Pero la concreción empírica del sueño ilustrado parecía ser algo que sobrepasaba con mucho las posibilidades financieras y administrativas de la Corona. La construcción y mantenimiento de los hospitales, así diseñados, no sólo requería de competencias específicas a nivel cognitivo (saberes expertos de carácter formal, y sujetos profesionales que encarnan esos saberes) sino también de un alto grado de racionalización a nivel burocrático y político. Era necesario crear nuevos impuestos, reorganizar los ya existentes y canalizar esos recursos hacia el nuevo ámbito de la salud pública (...) A esto se agrega, la necesidad de coordinar censos sistemáticos de la población procesar la información obtenida, reorganizar administrativamente las ciudades y pueblos de acuerdo a esta información obtenida, reorganizar administrativamente las ciudades y pueblos de acuerdo a esta información, crear nuevas Leyes sanitarias e implementar multas para los infractores (...)

Además de estas medidas, el Estado comenzó a ver la necesidad de censar y conocer con certeza la composición de su población, razón por la cual inicio la tarea de controlar los nacimientos y las muertes, a realizar comparaciones entre años, con el fin de conocer cuál era el impacto que su política de salud tenía en la población, utilizando para ello como herramienta las matemáticas y la estadística. Así mismo, y teniendo en cuenta la posición que ocupaban los médicos como funcionarios del Estado, se hizo necesario regular la prestación del servicio con lo que denomina Castro (2005), como la licencia para curar a través de la creación del Real Tribunal del Protomedicato, encargado de vigilar y reglamentar las actividades que desempeñaban en virtud de su profesión los médicos y cirujanos de la Nueva Granada, evaluando por ejemplo sus conocimientos en el área una vez obtenido su respectivo título, inspecciones a los dispensarios de medicamentos de la época, conocidos como boticarios, inspeccionar quienes ejercían las profesiones relacionadas con la asistencia en salud, y vigilar la publicidad que al respecto realizan tales personas

En los preceptos constitucionales de entonces, no existía la obligación por parte del Estado de garantizar la prestación del servicio de salud a aquellos que no contarán con los recursos necesarios para sufragarlo, trasladando dicha responsabilidad a aquellas instituciones privadas, bajo la premisa de la realización de “obras de caridad”.

1.1.2 La salud luego en las reformas constitucionales.

Es hasta el año de 1925, en el cual se toma en cuenta la salud como una asistencia pública, mediante la Ley 15 sobre “higiene social y asistencia pública”, con la cual se incluye dentro de los fines del Estado la garantía que debía de brindar a las clases menos favorecidas los servicios mínimos de salud.

Posterior a ello, bajo el mandato de Alfonso López Pumarejo, en el año de 1936, se expide el Acto Legislativo No. 1, mediante el cual se instaure como un deber del Estado la asistencia en materia de salud, a quienes carecían de medios de subsistencia o para aquellos que estuvieren incapacitados para trabajar, dejando al arbitrio de la Ley la forma de prestación de

dicho servicio y la estipulación de los casos en los cuales el Estado estaba obligado a prestarla directamente (Congreso de la República, 1936, artículo 16)

Es a partir de este año, que el Estado toma en cuenta la necesidad de brindar asistencia a las personas que no contaban con una relación laboral estable y que por ende no podían sufragar los servicios en salud, lo que se constituye como el primer antecedente en el ámbito constitucional del régimen subsidiado, cambiando el papel del Estado independiente de la Constitución de 1886, a un rol de intervencionismo en pro de generar igualdad en el acceso a la salud entre las clases sociales de la época. Con la adopción de esta reforma se pretendió incluir a toda la población colombiana en la asistencia en materia de salud. Sin embargo esta atención era de carácter higienista, toda vez que dicha atención, no incluía medidas de atención curativa, sino que la misma solo atendía cuestiones preventivas, quedando en cabeza del usuario el pago de los servicios de salud de tipo curativo (Cortes, 2011).

Ya en la década de los 90 mediante la Ley 10 de dicho año, se organiza el Sistema Nacional de Salud, en el cual por primera vez se le da el carácter de público al servicio de salud, y se le asigna dicha responsabilidad al Estado, debiendo este prestar dichos servicios de forma gratuita y con la colaboración de todas las entidades descentralizadas y privadas designadas para ello (Ley 10 de 1990, art. 1). Así mismo esta Ley, establece la figura de la delegación para la prestación del servicio de salud en Colombia, pudiendo el Estado encomendar dicha función a personas privadas. (Ley 10 de 1990, art. 2). Con esta Ley, se modifica la concepción de la prestación del servicio de salud solo de manera preventiva, como se contemplaba en la reforma de 1936, ya que esta normatividad, establece que se les debe suministrar a todas las personas, la atención de urgencias sin importar su condición económico o social, (Ley 10 de 1990, art. 2).

Así mismo, con estas disposiciones se introduce el principio de la universalidad, debiendo garantizársele a todos los habitantes del territorio colombiano el acceso a los servicios de salud, sin importar su condición socio – económica (Ley 10 de 1990, art. 3), lo que demuestra un cambio en la concepción que tenía el Estado de que la salud, era un servicio de competencia del sector privado y de las relaciones laborales. Es a partir de dicha postulación que el Estado

concibe la idea de que el servicio de salud debía ser prestado a toda la comunidad colombiana, sin tener en cuenta la contribución o aporte como criterio fundamental de prestación del servicio.

De otro lado, en este nuevo concepto de prestación del servicio de salud, este ya no es considerado como de carácter preventivo, sino que por el contrario el mismo no solo comprendía acciones de fomento y prevención, sino también de tratamiento y rehabilitación (Ley 10 de 1990, art. 4), lo que significó un avance en la prestación del servicio, y una expansión del mismo de ser un régimen higienista a ser un régimen proteccionista y curativo.

Ahora bien, uno de los problemas que se daban antes de esta Ley para la prestación del servicio de salud, eran las dificultades económicas de los sectores más vulnerables de la sociedad, que ocasionaban la abstención al acceso de esos servicios por no contar con los medios para sufragarlo. Con la Ley en comento, el Estado buscó resolver dichas limitantes, destinando parte del presupuesto de la Nación para el pago de los servicios de salud de dicha población (Ley 10 de 1990, art. 32)

Dicha transformación viene a ser reforzada en el año de 1991 con la promulgación de la Constitución Política, en la cual se realiza un cambio sustancial en la denominación del Estado, pasando de ser una República Unitaria de Derecho a un Estado Social de Derecho. Esta connotación de “social de derecho”, es la transformación en materia de salud que se ha venido constituyendo desde la reforma constitucional del año de 1936. En este nuevo esquema el Estado es quien tiene la obligación de generar en sus asociados, unas condiciones de bienestar, debiendo garantizarles el ejercicio y goce de unos derechos mínimos inherentes a la persona humana, dentro de los cuales se encuentra el disfrute de unas condiciones de salud plenas para su desarrollo integral.

1.2 El concepto de lo social como fundante de la transformación del estado a partir de la Constitución Política de 1991.

El primer precursor de la función social del Estado fue el alemán Herman Héller, quien consideraba que el Estado no solo podía limitarse a enunciar derechos fundamentales, sino que él

mismo era quien debía velar porque se diera una igualdad social real. Lo cual de acuerdo a Villar (2007, pág. 83) conlleva necesariamente a que el Estado deba proteger derechos “tales como el del empleo, el del arrendatario, el de la mujer y la juventud, el de seguridad social y asistencia médica, el de educación, etc.”, atendiendo ya no solo a su consagración normativa, sino a principios de que universalmente ya han sido reconocidos como “la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, derecho a la vida y la integridad personal, igualdad, prohibición de toda discriminación, protección del matrimonio y la familia, derecho a la vivienda, a la educación, obligación social de la propiedad, derecho a un ambiente sano y derecho a la cultura” (Villegas, 2007, pág. 83)

Mucho tuvo que ver el paso de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho en Colombia, para concebir la salud como un servicio público a cargo del Estado. Dicha transformación atiende a lo que algunos autores denominan como la aplicación del principio del Estado Social, que se venía desarrollando a partir de la concepción que del Estado se estaba forjando en la Europa Moderna.

Ahora, en este punto surge el interrogante de ¿cuál es la principal diferenciación que existe entre un Estado de Derecho y un Estado Social de Derecho? Constitucionalmente estos dos tipos de Estado difieren en el alcance que se le da a los derechos fundamentales de las personas. Mientras que en el Estado de Derecho los mismos se conciben como enunciaciones inherentes a las personas, sin que existan acciones concretas por parte del Estado para garantizar su cumplimiento, más allá de la prohibición de su vulneración, en el Estado Social de Derecho los mismos vienen a ser objeto de desarrollo del Estado en cuanto a su garantía y materialización, lo que quiere decir que el papel que desempeña el Estado en dicha estructura ya no es el de regulador de su cumplimiento frente a las actuaciones de sus asociados, sino que el mismo se convierte en el ente proteccionista y responsable del cumplimiento de los mismos, debiendo entonces adoptar las medidas económicas y sociales que se requieran para generar lo que se denomina como el estado de bienestar en sus asociados.

En ese sentido, lo expresa Villar (2007, pág. 82), al decir que en dicha estructura del Estado “la característica de los derechos sociales es que no plantean, como las libertades civiles y políticas, derechos negativos de defensa, sino fundan derechos de prestaciones a cargo del

Estado”. Es por ello, que la nueva concepción de la salud en el Estado Colombiano bajo este nuevo enfoque, se le da un contenido de orden prestacional a cargo del Estado.

En atención a esta nueva concepción del Estado, la salud y la seguridad social fueron catalogados por el Constituyente como derechos constitucionales, dentro del apartado de los “Derechos Sociales, Culturales y Económicos”, en los artículos 48 y 49. Dicha enunciación en la Constitución Política, es la confirmación de la intención del constituyente de darle el contenido social a su Estado, buscando de esta manera garantizar en la medida de lo posible el bienestar de sus asociados, atendiendo a los principios propios que guían todo Estado Social de Derecho como lo son el de la protección a la vida, a la dignidad humana, a la igualdad, entre otros.

En razón a ello, la seguridad social y en específico la salud se convirtió ya no en una garantía de índole civil o político como lo es en el Estado de Derecho, sino en un derecho de tipo constitucional, que debe ser garantizado por el Estado, siendo este el directamente responsable en el cumplimiento de dicho cometido, tal y como se deriva del texto constitucional citado.

En respuesta a dicha obligatoriedad, y para dar cumplimiento de dichas disposiciones fue adoptada en el año de 1993 la Ley 100, mediante la cual se crea el Sistema de Seguridad Social en Salud, donde fueron regulados entre otros temas lo siguiente:

- La prestación del servicio de salud por parte de entidades privadas.
- El establecimiento de un régimen subsidiado y un régimen contributivo.
- La Organización de un Plan Obligatorio de Salud.
- La organización del sistema de seguridad social en salud, describiendo puntualmente las entidades adscritas al mismo.

Dicha Ley 100 de 1993 en cumplimiento de lo ordenado por la Constitución Política en los artículos 48 y 49, reguló el Sistema de Seguridad Social en Salud Integral, definido el mismo como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, a los cuales puede acceder toda persona para buscar la atención a todas las contingencias que menoscaben o puedan menoscabar su salud, a fin de lograr un bienestar individual y social (Ley 100 de 1993, preámbulo)

Para lograr ello, se establecieron unos principios rectores que dirigen la gestión que debe tener dicho sistema, para el cumplimiento de los fines enunciados en la Constitución Política.

1.3 Principios orientadores de la salud en Colombia.

- **Principio de eficiencia**

El principio de eficiencia, hace relación a la utilización adecuada de los recursos que se destinan para el funcionamiento del sistema de salud, con el objetivo de que con la administración adecuada de los mismos se preste un servicio idóneo, oportuno y eficiente (Ley 100 de 1993, art. 2). Es así, como se puede inferir que este principio establece la obligación por parte de las entidades prestadoras del servicio de salud a ejecutar las asignaciones presupuestales que para el efecto de le sean otorgadas, con el mayor recato y efectividad.

- **Principio de universalidad**

En el mismo sentido, el principio de la Universalidad enuncia que los servicios propios del S.S.S.I deben ser garantizados a todas aquellas personas que hacen parte de la población colombiana, sin que obre como limitante de la prestación del servicio ninguna tipo de discriminación (Ley 100 de 1993, art. 2). Como se puede notar, con este principio se presenta un avance significativo en el área de la salud en Colombia, en el entendido de que antes de la expedición de la Constitución Política de 1991, los servicios propios del Sistema de Seguridad Social eran objeto de atención solo para aquellos que realizaran sus aportes estando en una relación laboral. Ahora con la determinación de este principio de Universalidad, dicha cobertura se extiende a aquellos que no poseen los medios de vinculación de forma independiente y/o que no se encuentren ejerciendo alguna labor mediante contrato de trabajo.

- **Principio de solidaridad, complementariedad y concurrencia.**

De otro lado, el principio de Solidaridad, exhorta a la cooperación de los diversos sectores de la economía y comunidades de Colombia, bajo la Ley del más fuerte hacia el más débil (Ministerio de Salud y de la Protección Social, 2006). Con este principio, se busca repartir las cargas que se derivan de la prestación del servicio de salud entre todas las instancias a nivel

nacional tanto de índole privado como público, para de esa manera extender la cobertura de la prestación de este servicio a todos los sectores de la población (Ayala, 1996).

Como se puede ver, este principio junto con el de universalidad, son la base de lo que más adelante se enunciará como el régimen subsidiado, toda vez que es con la contribución de los diferentes sectores económicos del país que se sustenta dicho régimen y por ende, el acceso del servicio de salud a todas las personas que hacen parte del mismo.

- **Principio de la Integralidad**

El principio de integralidad, es definido por el legislador como la cobertura de todas aquellas contingencias que pueden afectar la salud, y la calidad y condiciones de vida de toda la población, bajo el entendido de que es su responsabilidad el garantizar un estado de bienestar a sus asociados sin que cuente su condición económica o social para acceder al servicio.

Ahora, es claro que no todas las personas tienen las mismas limitantes económicas, razón por la cual bajo este principio, todas las personas en Colombia solo deben contribuir al sistema de salud según su capacidad, sin que ello signifique un menoscabo o una diferenciación en la prestación del servicio, con lo cual se busca generar una equidad en las contribuciones que deben realizar las personas que hacen parte del sistema integral de seguridad social, atendiendo a la capacidad económica de que dispone el usuario.

- **Principio de unidad legal.**

El principio de unidad, hace referencia a la articulación que se debe presentar entre las políticas, instituciones, procedimientos, prestaciones y regímenes para dar cumplimiento a los fines de la seguridad social (Ley 100 de 1993, art. 2). Al analizar el contenido de este artículo, se infiere que el legislador avocó por dar igualdad en la prestación del servicio de salud, en el entendido de que el Sistema de Seguridad Social es uno solo, por lo cual no hay lugar a regímenes de tipo especial o discriminatorio.

- **Principio de participación**

Por último se encuentra el principio de participación, mediante el cual se garantiza a los usuarios la intervención y participación de los usuarios en el control, la organización y la gestión

de las instituciones que hacen parte del Sistema de Seguridad Social (Ley 100 de 1993, art. 2). Es en atención a este principio que se complementan los principios de solidaridad y universalidad, toda vez que el mismo exhorta a la comunidad y beneficiarios del sistema a propender por la debida administración del Sistema de Seguridad Social Integral y a su funcionamiento en condiciones de calidad, equidad y oportuno servicio.

- **Principio de equidad**

El principio de equidad aplicado al sistema de salud, atiende a la provisión de los servicios de salud a todos los asociados del Estado Colombiano, de manera gradual y sin atención a su capacidad de pago, para lo cual se establece la necesidad de asistir a las clases menos favorecidas, a través de un financiamiento especial a dichos sectores, buscando así evitar la selección adversa de las personas que componen los mismos (Ley 100 de 1993, art. 153)

Este principio en la realidad colombiana está asociado con el derecho a la igualdad y a la justicia. La teleología del legislador al instaurar este principio fue la de ampliar la cobertura de los servicios de salud a las clases menos favorecidas en aras de dar cumplimiento al principio de universalidad expuesto anteriormente.

Ahora bien, el concepto de equidad, implica dos enfoques diferentes: la equidad en el financiamiento y la equidad en la prestación de servicios de salud. La equidad en el financiamiento, hace referencia al equilibrio que debe existir en la contribución que realizan los hogares de acuerdo a su capacidad de pago, (Castaño, Arbeláez, Giedion, Morales, 2001). Por su parte la equidad en la prestación del servicio, se refiere a la provisión del servicio a cada ciudadano para la satisfacción de sus necesidades, sin que importe su capacidad de pago (Castaño, *et al*, pág. 10).

- **Principio de la obligatoriedad**

El principio de obligatoriedad del Sistema de Seguridad Social en salud, hace referencia a que la afiliación a este debe ser imperativa sin importar si la persona se encuentra en una relación laboral o no (Ley 100 de 1993, art. 153).

Como es claro en este principio el acceso a los servicios de salud está supeditado a la obligatoriedad de la afiliación. El interrogante que surge al respecto, es ¿Cómo hace el Estado

para aquellas personas que no están en condiciones de sufragar dicha afiliación?. Y más aún ¿Cuál es la acción o la forma en que el Estado puede garantizar que dicha obligatoriedad se materialice? Para ello, el Estado creó dos regímenes: el contributivo y el subsidiado, siendo pertenecientes al contributivo aquellos que poseen la capacidad de realizar aportes periódicos al Sistema de Seguridad Social en Salud, y al régimen subsidiado aquellos que no cuentan con los medios para realizar su afiliación de manera independiente, siendo sufragados los gastos de salud ocasionados por estas personas con cargo al presupuesto que el Estado designe para el efecto.

- **Principio de la Protección integral.**

De acuerdo al enfoque dado por los artículos 48 y 49 de la Constitución Política de 1991 y su Ley reglamentaria la Ley 100 de 1993, la prestación del servicio de salud en Colombia, se debe realizar de manera integral, incluyendo las fases del mismo catalogadas en prevención, protección y curación.

Es bajo este contexto que el legislador postula el principio de la Protección Integral, el cual hace referencia a una atención en salud integral realizada desde las fases enunciadas, a través de acciones que fomenten el cuidado de la salud, mediante herramientas como la educación, el fomento de prácticas saludables, etc., así como la provisión de tratamientos, rehabilitación y diagnóstico en los eventos, en que estos se requieran (Ley 100 de 1993, art. 153).

- **Principio de libre escogencia**

De acuerdo a lo enunciado en el artículo 49 de la Constitución Política de 1991, las entidades privadas bajo la figura de la delegación pueden prestar servicios de atención en salud, bajo la supervisión y control del Estado. En virtud de esta figura, se han creado diversas entidades prestadoras del servicio de salud denominadas Entidades Promotoras de Servicios de Salud (EPS).

Al existir varias de esas empresas promotoras, el usuario tiene la libertad de escoger aquella que considere cumple en mejor medida sus expectativas y necesidades, lo cual es protegido por el legislador mediante el principio de la libre escogencia. Así las cosas, el legislador estableció como principio rector del sistema de seguridad social la libre escogencia del usuario de la entidad que le preste los servicios de salud.

Es así, como el usuario tiene la libertad de estudiar cual entidad prestadora del servicio de salud es de mayor conveniencia, utilizando para ello criterios tales como la distribución de su red de servicio y especialidades médicas ofrecidas.

- **Principio de la autonomía de las instituciones y descentralización administrativa.**

En primer lugar, el principio de autonomía de las instituciones hace referencia a que las entidades que prestan el servicio de salud son libres en la ejecución de sus recursos e independientes en el ejercicio de su administración interna. Cabe resaltar que a pesar de existir esta autonomía, el ejercicio de las entidades prestadoras del servicio de salud está bajo la supervisión y seguimiento del Estado. Ahora bien, aunque en teoría en virtud de este principio cada entidad prestadora del servicio pueden ejecutar sus recursos de forma autónoma, la integración vertical que se presenta en la actualidad pone en riesgo la eficacia de este principio, ya que al existir una correlación o dependencia marcada por la rentabilidad del servicio entre las EPS y las IPS, la búsqueda del beneficio económico y la prestación a menor costo, será el orden del día de estas instituciones, más no la ejecución autónoma de los recursos tal como lo evoca este principio.

En ese sentido lo indican Restrepo, Lopera y Rodríguez (2007, p. 292), al señalar que una de las principales desventajas que se suscita con la integración vertical es que “las EPS sólo desean prestar los servicios más rentables o cuya demanda permite reducir costos y hacer ahorros que no se lograrían de elegir libremente al prestador”.

- **Principio de la participación social**

Teniendo en cuenta los presupuestos enunciados en el principio rector de solidaridad, el Congreso de la República dio su aplicabilidad en materia de salud, mediante la adopción del principio de la participación social, mediante el cual se estimula la participación de los usuarios del sistema en la organización y control de las instituciones prestadoras del servicio de salud, para lo cual faculta a las comunidades a adoptar mecanismos que les permitan vigilar la prestación de dicho servicio, así como garantizar su participación en las juntas directivas de las entidades de carácter público (Ley 100 de 1993, art. 153).

- **Principio de la concertación**

El principio de la concertación en salud, hace referencia a la unificación y acuerdo en los criterios que en materia de salud existen entre los usuarios y las entidades prestadoras del servicio de salud, y entre estas, usando como herramienta para ello la creación de consejos a nivel nacional, departamental, distrital y municipal de seguridad social en salud, que se encargue de dirimir cualquier inquietud o conflicto que se suscite en la prestación del servicio (Ley 100 de 1993, art. 153).

- **Principio de calidad**

El principio de calidad, de acuerdo al artículo 153 de la Ley 100, atiende a la garantía que se les debe brindar a los usuarios, a través de mecanismos de control idóneos, de que la prestación del servicio de salud se realice de manera oportuna, integral, continua y humanizada, cumpliendo para ello con estándares y procedimientos comprobados y ampliamente aceptados por la comunidad científica (Ley 100 de 1993 art. 153).

Como se puede ver, la calidad en la prestación del servicio de salud está supeditada al cumplimiento de tres circunstancias básicas:

- Atención oportuna e integral
- Pertinencia de los procedimientos en aras de cumplir con el objeto de la prestación del servicio que se requiere.
- Recursos materiales y humanos adecuados para la prestación apropiada del servicio de salud

De otro lado, y en aras de complementar la labor de seguimiento del Estado a las entidades que presten el servicio público de salud, el legislador incluyó como presupuesto de este principio la acreditación de las entidades ante las autoridades competentes, con el fin de realizar un control de los estándares mínimos de calidad que deben cumplir las mismas.

Como se puede ver, en el avance de tipo constitucional que se presenta con el paso de un Estado de Derecho (Constitución de 1886) a un Estado Social de Derecho (Constitución Política

de 1991), el rol del Estado en la prestación del servicio de salud, difiere sustancialmente, lo que originó un nuevo modelo del Sistema de Seguridad Social. Antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el rol que ejecutaba el Estado era de proveedor único y por ende de monopolizador en la prestación del servicio de salud. De otro lado, y con el fin de optimizar el servicio de salud en Colombia, fue adoptado un nuevo enfoque del Sistema de Seguridad Social en salud, bajo un modelo de pluralismo estructurado (Ministerio de Salud y de la Protección social, 2013), permitiendo una armonización en la prestación del servicio de salud entre entidades públicas y privadas, con el fin de generar mayor cobertura y una mejor distribución e inversión de los recursos destinados para ello.

Es así como en la nueva orientación del Sistema de Seguridad Social en salud, se le da al Estado en su rol de regulador de la prestación de servicio público de salud, unos objetivos puntuales de intervención, descritos por el legislador en el artículo 154 de la mencionada Ley, siendo entonces el rol que debe desempeñar el Estado el de garante de la prestación del servicio de salud a toda la población colombiana. Sin embargo tal como está descrito en esta disposición, la salud sigue siendo a la luz de la función ejercida por el Estado un derecho prestacional y por tanto de ejecución progresiva.

Ahora ello, no quiere decir que la progresividad sea una excusa que justifique la negación del servicio, máxime cuando a hoy la Constitución Política cuenta con una antigüedad de 24 años, razón por la cual la exigibilidad del derecho y su materialización no puede verse afectada en virtud de atender este principio. Así lo ha indicado recientemente la Corte Constitucional, al decir lo siguiente:

Sin embargo, en esta oportunidad, valorando el tiempo que ha transcurrido desde la adopción de la Constitución Política de 1991, el desarrollo paulatino del contenido prestacional del derecho a la salud, la progresividad de los sustentos teóricos y conceptuales de la jurisprudencia constitucional en el tema y los cambios legislativos, que ya incorporan la regulación del derecho fundamental a la salud en un proyecto de Ley estatutaria; la Sala observa que la salud reproductiva es un aspecto de este derecho en donde puede reconocerse una insuficiencia de regulación y una opacidad de la jurisprudencia de la Corporación, que en la actualidad merece ser tomado en

consideración, máxime cuando la disponibilidad del servicio en relación con los centros de fertilidad ha aumentado en el país en comparación con la década anterior,

Lo anterior, sin desconocer que la ampliación progresiva del plan de beneficios debe sopesar el contraargumento del equilibrio financiero del sistema de salud. Pero, si bien esta condición, que ha funcionado como una suerte de contención de los costos al interior del régimen, debe ser tomada en cuenta, permitiendo que el avance sea progresivo y modulado, no puede ser un argumento *per se* para paralizar en el tiempo la extensión del plan obligatorio de salud (Corte Constitucional, T – 528 de 2014, magistrado ponente: María Victoria Calle Correa)

- **Principio de igualdad y accesibilidad.**

El principio de igualdad, es uno de los que se considera de mayor importancia en la prestación del servicio público de salud, toda vez que a través de este, es que se busca garantizar el acceso a dicho servicio a toda la población colombiana, sin ningún tipo de discriminación por razones de cultura, sexo, raza, origen, religión, orientación sexual etc., en atención a lo consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia.

De la mano con este principio, se encuentra el de accesibilidad enunciado en el artículo quinto de la Ley 1751 de 2015, el cual establece que todas las personas tienen el derecho a acceder a los servicios de salud sin que medie ningún tipo de discriminación, o se pongan limitantes de asequibilidad al servicio, condiciones económicas o a la información.

- **Prevalencia de derechos.**

En el campo jurídico, existen unos sujetos que son considerados por el legislador y las instancias internacionales como de especial protección. Tal es el caso de los niños y las mujeres en estado de embarazo, los cuales de acuerdo con el principio de la prevalencia de derechos en materia de salud, deben ser objeto de cuidado por parte del Estado y la sociedad, para lo cual se deben realizar acciones tendientes a proteger sus derechos de acceso a la salud, así como propender porque se les garantice mediante todos los medios posibles la vida, la salud, la integridad física y el desarrollo integral.

- **Enfoque diferencial.**

El principio del enfoque diferencial, hace referencia al reconocimiento de que existe en la sociedad, grupos que requieren de especial atención en materia de salud, como es el caso de las personas de edad avanzada, los niños, las personas con condiciones de incapacidad de cualquier índole, víctimas de algún tipo de violencia, los cuales deben ser objeto de una protección especial y del suministro de garantías y esfuerzos, encaminados a disminuir o extinguir todo tipo de circunstancia que genere en dicha población situaciones de marginación o de discriminación.

- **Progresividad**

En virtud de este principio, las entidades prestadoras del servicio de salud, deberán ir actualizando las prestaciones que se encuentran incluidas dentro del Plan de Beneficios, a fin de que los usuarios, puedan acceder a las mismas, de manera oportuna y con el fin de atender sus necesidades. Aunado a ello, de la mano con este principio se encuentra la prohibición de regresividad en los derechos sociales, donde por supuesto se encuentra la prestación del servicio a la salud. Al respecto la Corte Constitucional, es clara al señalar lo siguiente:

Del principio de progresividad (la obligación de moverse lo más rápidamente posible hacia la meta) se deriva la prohibición de regresividad (las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente). Así, el Estado se encuentra obligado a aumentar progresivamente la satisfacción de los derechos sociales y tiene prohibido, al menos en principio, retroceder en los avances obtenidos. Como se verá, uno de tales avances es la inversión de recursos para la satisfacción del derecho, especialmente si existe una deficiente prestación del mismo por insuficiente cobertura, baja calidad o adaptabilidad. La prohibición de regresividad ha sido explicada en múltiples decisiones de esta Corte. En algunas de ellas la Corte se ha referido a la prohibición de regresividad por la disminución del radio de protección de un derecho social. En otras, se ha referido a la violación de esta garantía constitucional, por la disminución de los recursos públicos invertidos en la satisfacción de un derecho social o el aumento significativo del costo para la persona de escasos recursos que esta en proceso de acceder al derecho. En otro tipo de decisiones la Corte ha reiterado la aplicación del principio de progresividad y la

prohibición de regresividad cuando se está frente a sectores especialmente vulnerables de la población. Como lo ha señalado la Corte, cuando una norma retrocede, por cualquier vía, el nivel de satisfacción de un derecho social, inmediatamente debe presumirse inconstitucional. Sin embargo, esta presunción admite, prueba en contrario. En este sentido la Corte ha señalado que la prohibición de regresividad es apenas una prohibición *prima facie* y no absoluta (Corte Constitucional, sentencia C – 556 de 2009, magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla).

- **Sostenibilidad.**

En Colombia el Sistema de Seguridad Social en Salud, se sostiene a través del financiamiento que de un lado se genera del presupuesto de la Nación proveniente del Sistema General de Participaciones, establecido en la Ley 715 de 2001, y de otro del que se origina en la contribución que realizan los usuarios del régimen contributivo. El principio de sostenibilidad, hace referencia al manejo adecuado de los recursos por parte de las entidades prestadoras del servicio de salud, las cuales deben garantizar un flujo ágil de los recursos que se destinan para la prestación de este servicio. Así mismo, este principio indica que todas aquellas decisiones que se realicen con respecto a la administración de estos recursos, deben atender a criterios de sostenibilidad fiscal, de forma tal que siempre se cuenten con los recursos necesarios para prestar el servicio en condiciones de calidad y oportunidad.

- **Transparencia**

Así como todas las actuaciones que deben realizar las entidades del Estado, la prestación del servicio a la salud debe ser transparente, lo que se traduce, en que todas las actuaciones que realicen las entidades promotoras de este servicio deben ser de conocimiento de toda la comunidad, razón por la cual las mismas deben ser claras, visibles y públicas.

- **Corresponsabilidad e irrenunciabilidad.**

De acuerdo con este principio enunciado en la Ley 1438 de 2011 “por medio de la cual se reforma el Sistema de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, todas las personas aunque cuentan con los servicios del sistema de seguridad social en salud, deben

propender por su autocuidado y la de sus semejantes y familiares, para de esa manera, hacer un uso racional y responsable de los servicios que ofrece el sistema de salud en Colombia, a fin de evitar congestiones innecesarias en el mismo, que conlleven a la disminución en la calidad y oportunidad del servicio, a causa de atención de enfermedades que podrían haber sido evitadas con cuidados preventivos.

Por su parte, el principio de la irrenunciabilidad, indica que bajo ninguna circunstancia los asociados pueden prescindir de sus derechos a la seguridad social.

- **Prevención y continuidad.**

El principio de la prevención, contemplado en la Ley 1438 de 2011, está enfocado a determinar los riesgos que se pueden presentar en la prestación del servicio de salud, a través de una evaluación constante de los procedimientos y procesos que se llevan a cabo en la prestación del servicio, a fin de determinar oportunamente posibles situaciones que puedan ir en detrimento de la salud de los usuarios.

Por su parte el principio de continuidad, se refiere a la vocación de permanencia que tiene todo usuario que accede a los servicios públicos de salud, mientras subsistan condiciones o circunstancias que atenten con su vida o integridad física.

- **Disponibilidad y aceptabilidad.**

El principio de disponibilidad, introducido por la Ley 1751 de 2015, atribuye la responsabilidad del Estado de la existencia de servicios y tecnologías, así como de programa de salud, cantidad de instituciones y de personal médico idóneo y competente para la prestación del servicio. Así mismo el principio de aceptabilidad indica que el servicio de salud, debe realizarse con respeto a las creencias y concepciones que del mismo, tienen algunas culturas o etnias en Colombia, para lo cual es necesario que estas participen en la toma de decisiones del sistema de salud que de alguna manera les afecten.

- **Pro Homine.**

De acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia T – 570 de 2013 con ponencia del Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, en virtud de este principio, las entidades

encargadas de la prestación del servicio de salud, deben tener en cuenta la interpretación, que favorezca en mayor medida, el derecho fundamental a la salud.

1.4 La seguridad social como derecho fundamental y como servicio público

En la formulación y distribución de los derechos en la Constitución Política de Colombia, se estableció que la seguridad social hacia parte de los “derechos sociales, culturales y económicos”, por ser la naturaleza del mismo de carácter progresivo (lo que quiere decir que el Estado debe propender por ampliar su cobertura de forma gradual y dependen de una asignación económica) y prestacional.

Al respecto, la Corte Constitucional indica que los derechos que corresponden a la seguridad social no pueden ser considerados como fundamentales, toda vez que los mismos no pueden ser considerados como inherentes a la condición humana, razón por la cual los mismos no pueden ser revestidos con una eficacia directa, ni pueden ser de aplicación inmediata, toda vez que al ser progresivos y prestacionales, requieren de una Ley posterior que determine sus condiciones de prestación y ejercicio (T - 586/ 1999, M.P Vladimiro Naranjo Mesa)

Es por ello, que en dicho pronunciamiento se especifica que por regla general el derecho a la seguridad social no ostenta el carácter de fundamental. En el mismo sentido lo enuncia el artículo 4° de la Ley 100, la cual lo cataloga como un servicio público de carácter obligatorio y esencial, más no como un derecho fundamental.

Sin embargo, en Colombia ha habido una transformación doctrinal y jurisprudencial, que ha permitido catalogar ciertos servicios de la seguridad social como fundamentales y por ende de aplicación inmediata, como es el caso del derecho a la salud, el cual de acuerdo a la Corte Constitucional tiene la connotación de ser un derecho fundamental y de aplicación inmediata por ser el mismo presupuesto necesario para la existencia del hombre (T – 471/1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez).

Así mismo, la seguridad social en Colombia se concibe como un derecho fundamental en salud, en el evento en que la prestación del servicio, vaya dirigida a un sujeto de especial

protección, como es el caso de los niños, niñas, adolescentes, personas de edad avanzada, mujeres cabeza de hogar o en estado de embarazo (SU – 062 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)

Atendiendo estos criterios, se puede evidenciar que en Colombia la seguridad social, revierte dos connotaciones y definiciones diferentes. De un lado la seguridad social es considerada como un derecho fundamental y por ende exigible mediante el mecanismo de acción constitucional de la tutela cuando se trate de personas que en palabras de la Corte Constitucional “requieren de especial protección”, o cuando la falta de atención devenga en una vulneración a un derecho fundamental como la vida o la integridad personal; y por el otro es considerado como un servicio público a cargo del Estado, catalogado entonces como un derecho prestacional y progresivo, que avanza en cobertura de acuerdo al avance socio – económico del país.

CAPITULO II

LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL BASADO EN LA FALLA DEL SERVICIO

En este capítulo, se explicará como referente teórico de la investigación la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, la noción de servicio público y de falla del servicio. En lo referente a la noción de servicio público se hará referencia en el derecho comparado a tres visiones que frente al mismo existen: la francesa, la alemana y la colombiana.

2.1 El servicio público.

2.1.1 El servicio público en Alemania: análisis de la teoría de la procura asistencial.

La República de Alemania se encuentra estructurada como un Estado de tipo Federal, organizada en dieciséis (16) Estados, denominados por la Ley Fundamental de 1949 como *Landers*, cada uno con autonomía en sus decisiones y división de poderes. Esta división de poderes, se encuentra en dicho país, supedita a una distribución del ejercicio de la administración en tres niveles diferentes: “la administración pública federal, la administración pública de los Estados Federados (*Länder*), la administración pública municipal” (Klaus, 2002, pág. 57)

Cada uno de estas instancias cuentan con sus propios organismos de gestión pública, distribuidos de acuerdo a los servicios que en consideración de la Ley Fundamental deben prestar el Estado, dentro de los cuales se encuentra el de seguridad social, el cual tiene bajo su responsabilidad la provisión de seguros a sus habitantes, respecto de contingencias que puedan afectar su salud, tales como enfermedades, accidentes, invalidez, vejez, desempleo, etc. (Klaus, 2002).

De acuerdo a algunos autores, en la República Federal de Alemania no existe en la doctrina jurídica una equivalencia al concepto de servicio público formulado históricamente por la doctrina jurídica francesa. Sin embargo, a pesar de que dicho concepto no sea ampliamente aceptado por el desarrollo normativo y doctrinal de dicho país, sí existen en la realidad unas

funciones administrativas ejercidas por el Estado, en las áreas enunciadas anteriormente, a través de lo que algunos doctrinantes consideran como intervención pública, la cual se agudiza en los puntos álgidos donde se ven involucrados intereses básicos atinentes a la existencia de los individuos, como es el caso de los servicios de salud u otros servicios tendientes a conservar la existencia (Del Guayo, Pielow, p.4)

De acuerdo a la lectura de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, el servicio público está orientado más hacia la vinculación de las personas al Estado para el cumplimiento de sus fines, los cuales deberán dentro del desempeño de sus funciones ejercer sus facultades de soberanía, en pro de mantener el orden democrático vigente bajo los preceptos de un Derecho Público (Ley fundamental de la República Federal de Alemania, 1949, art. 33), lo que lleva a inferir, que en dicho Estado no existe un concepto de servicio público diferente al de las funciones que ejercen sus funcionarios.

Sin embargo, es imposible desconocer que en el Estado alemán existe algún tipo de asistencia para con sus asociados, la cual es identificada por algunos doctrinantes como la “procura existencial” denominada en alemán como la “*Daseinsvorsorge*”, caracterizada por ser ese auxilio que se le brinda al asociado para garantizar condiciones mínimas de bienestar. Para Forsthoff (1967), las prestaciones como una función que debe asumir el Estado, es de donde surge el concepto de asistencia en Alemania, lo que en Francia y en Colombia se conoce como servicio público. Ahora bien, este autor consideraba que la procura existencial, atendía al poder que le era cedido por los asociados al Estado Federal para que este administrará el poder, a cambio de la protección de este en todos los aspectos que se requieren para una convivencia pacífica en sociedad (Forsthoff, 1967).

Dichas prestaciones, de acuerdo con este autor, deben ser de carácter general y no individual para que sean atribuibles al Estado, limitándose entonces dicho concepto a aquellos bienes o servicios a los cuales sean acreedores el global de la población, excluyendo entonces de los mismos todas aquellas prestaciones que sean objeto de regulación del derecho privado (Forsthoff, 1967).

El aporte más significativo que nos lleva a determinar que la procura existencial alemana es equiparable al servicio público colombiano es la conclusión a la que Forsthoff (1967, pág. 24)

llega cuando define que “las prestaciones de los servicios de abastecimiento son, por así decirlo, el caso clásico de la procura existencial”.

2.1.2 El *service publique* francés

Como se enunció con anterioridad, los primeros precursores de la noción del servicio público se remontan a Francia. En la doctrina francesa del Derecho Administrativo, el servicio público atiende a tres criterios fundamentales, a saber:

Tabla No. 1 Los criterios del servicio público.

| CRITERIOS | ENFOQUE DEL SERVICIO PÚBLICO |
|--------------------|--|
| Criterio finalista | La misión de interés general es un criterio indispensable para la presencia de un servicio público. |
| Criterio Orgánico | Organismos de derecho público y organismos de derecho privado, a los cuales, cada vez más numerosos (asociaciones, sociedades de economía mixta, federaciones, sociedades privadas...) se les puede confiar una misión de servicio público. Delegación por acto unilateral o por vía contractual. |
| Criterio Material | <ul style="list-style-type: none"> • Si el servicio es administrado por una persona pública: régimen principalmente de derecho público. • Si el servicio es administrado por una persona privada régimen principalmente de derecho privado, pero, aun este caso, los controles llevados a cabo por la administración y el ejercicio, frecuente, de prerrogativas exorbitantes del derecho común “vuelven público el régimen” |

Fuente: Tabla de elaboración propia con base en la información consultada en el libro “Curso de Derecho Administrativo”, cuya autoría corresponde a la Dra. Jacqueline Morand – Deviller, 2010, p. 526.

Atendiendo estos dos criterios la definición en el derecho francés de servicio público atiende a toda aquella actividad, que debe ser garantizada ya sea por instituciones públicas o privadas a la colectividad (Morand – Deviller, 2010). En esta definición ya se nota un atisbo de lo que en Colombia se conoce como la figura de la delegación que existe actualmente en el Derecho Administrativo Colombiano, la cual de acuerdo al Derecho francés, es necesaria para

que la prestación de los servicios públicos se realice con condiciones de eficiencia y calidad (Morand – Deviller, 2010, pág. 527).

En ese mismo sentido, el servicio público en el Derecho francés, es considerado como toda actividad ordenada en cabeza del Estado o por quien este delegue, tendiente a satisfacer las necesidades de interés general (Chevalier, 1987), las que en definitiva están llamadas a cumplir con los fines esenciales de los Estados, los cuales se traducen en la concesión de beneficios a los usuarios, que difícilmente podrían procurarse ellos mismos.

Es en razón a ello, que la doctrina francesa considera a aquellos servicios esenciales que no pueden ser procurados por la colectividad a través de sus propios medios, como servicios públicos universales, los cuales por tener dicho carácter deben ser prestados a la comunidad con eficiencia, calidad y con tarifas que permitan a cada individuo sufragar los mismos (Morand – Deviller, 2010).

En razón a la universalidad de estos servicios, la doctrina francesa, considera que la prestación de los mismos debe ser guiada por unos principios rectores. El primero de ellos, hace referencia a la continuidad del servicio, según el cual el servicio público debe ser prestado sin ninguna contingencia, o de forma intermitente, evento en el cual los usuarios tendrían la facultad de reclamar al Estado la indebida prestación del mismo (Morand – Deviller, 2010).

En segundo lugar, los servicios públicos deben guiarse por el principio de mutabilidad, según el cual todo servicio público no puede permanecer inmutable en el tiempo, sino que por el contrario el mismo debe evolucionar de acuerdo con las condiciones sociales, económicas y culturales, que se presentan día a día en la sociedad, y con las demandas de necesidades que surgen a medida que evolucionan las civilizaciones.

Por último, la doctrina francesa, considera que todo servicio público, debe prestarse bajo los preceptos del principio a la igualdad, según el cual todos los usuarios de estos tienen la facultad de reclamar al Estado que el servicio se suministre en igualdad de condiciones para aquellos sujetos que se encuentren en circunstancias iguales. De este principio se puede extraer que en la doctrina francesa, existen categorías en la prestación del servicio, lo que quiere decir que usa lo que en Colombia se denomina como un enfoque diferenciado del derecho a la igualdad, en el cual la discriminación en la prestación del servicio, debe necesariamente atender

a criterios de protección de grupos vulnerables que requieran de una mayor atención por parte del Estado.

Así mismo, los servicios públicos en el Derecho francés, son fundamentados además en el principio de la solidaridad que se desprende del vínculo existente entre Estado e individuo. Este principio de la solidaridad, data de un concepto que emana de la Revolución Francesa de 1789: la *fraternité*, la cual no es otra cosa que la solidaridad y la cooperación que se da dentro de las relaciones sociales, para conseguir el bien de la comunidad.

Otro punto importante que es coincidente en la doctrina alemana, colombiana y francesa, es la convergencia de que los servicios públicos son propios de la Administración Pública directamente o ejercidos por instancias privadas bajo la expresa y constante regulación del Estado. Dicho situación, es lo que la doctrina francesa denomina como el factor orgánico del servicio público.

2.1.3 El servicio público en Colombia

En Colombia los servicios públicos son un fin inherente del Estado. A la luz del artículo 365 de la Constitución Política de Colombia, los servicios públicos constituyen una de las finalidades del Estado Social de Derecho, y por ende es obligación de este asegurar la prestación de los mismos a todos los habitantes del territorio nacional.

La utilización de los servicios públicos en el Estado colombiano se realiza con el propósito de dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado enunciados en el artículo segundo de la Constitución Política de Colombia. Así mismo, los servicios públicos, de acuerdo con la Corte Constitucional, contribuyen de forma directa a “la protección y realización de los derechos y libertades fundamentales”(C – 450 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell).

En algunos casos, la prestación de los servicios públicos no son realizados directamente por el Estado, sino que el mismo en virtud de la figura de la delegación autoriza a entidades del sector privado para que presten dicho servicios, bajo la estricta vigilancia y seguimiento del Estado. Es por ello, que se considera que el rol que a partir de 1991 adoptó el Estado

Colombiano en el campo de los servicios públicos es mixto, toda vez que de un lado puede y debe en la prestación de algunos servicios ser este quien ostente la responsabilidad (Estado intervencionista), como es el caso de la defensa de la soberanía a cargo de las fuerzas armadas o el acceso a la justicia; o puede limitarse a ser regulador de los mismos (Estado abstencionista) como es el caso del servicio de salud o de acueducto y alcantarillado, a través de acciones de control y vigilancia o mediante la creación de marcos regulatorios de la prestación del servicio (Gamba, 2012).

Así las cosas, el Estado tiene en sentido constitucional el deber de intervenir en la prestación de los servicios públicos para que los mismos atiendan al cumplimiento de los fines del Estado, quienes en último deben suplir las necesidades de sus asociados, lo que reitera y corrobora que a pesar de la privatización de la prestación de los servicios públicos, quien está a final de cuentas a cargo de los mismos, es el mismo Estado en su obligación de regulación y seguimiento, lo que significa que aunque la Ley y la Constitución permiten que los servicios públicos entren en la dinámica del mercado de bienes y servicios, dicha permisión no significa que el Estado se desentienda de su función reguladora, o de vigilancia y control (Echeverri, 2013).

De otro lado, jurisprudencialmente, la Corte Constitucional ha definido el servicio público como toda acción del Estado que esté orientada a satisfacer necesidades de carácter general, de manera continua y habitual, atendiendo a un régimen jurídico especial, ya sea a través de instituciones de orden público o de índole privado (C -043/1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). Como se puede ver de dicha definición, el alto Tribunal Constitucional considera que necesariamente debe existir una reglamentación especial para la prestación de los servicios públicos, la cual debe atender y esforzarse en fijar unos estándares mínimos y concretos que garanticen una adecuada prestación, y que la misma se realice atendiendo a criterios de cantidad suficiente, calidad y oportunidad, de forma tal que se le garantice al individuo un goce completo de sus derechos fundamentales (García de Enterría y Tomás Ramón, 2002, pág. 81).

Al igual, que en la doctrina francesa, en Colombia la prestación de los servicios públicos atiende al principio de solidaridad, el cual es materializado con la orientación de la prestación de los mismos en condiciones de equidad e igualdad, lo que a final de cuentas busca que todas las personas del territorio colombiano, tengan acceso a los mismos, en igualdad de condiciones, para

lo cual se debe tener en cuenta al momento de reglamentar dicha prestación los estratos de la sociedad, a fin de que exista un subsidio a las clases menos favorecidas, mediante la implementación de tarifas diferenciales, que les permitan a dichos sectores un acceso a los servicios públicos de forma equitativa, (Gamba, 2012).

Es así como es claro, que en el ordenamiento jurídico colombiano, la prestación de los servicios públicos es guiada por los principios de igualdad y de equidad, siendo entonces el primero atinente a el acceso a los mismos de todos los habitantes del territorio y el segundo a que cada uno de ellos pague por dichos servicios de acuerdo con su capacidad económica.

Como se dijo anteriormente, los servicios públicos tienen una regulación específica, atendiendo a la especialidad de los mismos. Sin embargo, pese a dicha proliferación de normas, el Estado Colombiano optó por dar unas directrices generales mediante la Ley 142 de 1994, a través de la cual se regulan los servicios públicos domiciliarios, a fin de que los mismos cumplan con los fines esenciales del Estado enunciados en el artículo 2° de la Constitución Política.

Ahora bien, si la finalidad de los servicios públicos es el cumplimiento de los fines del Estado, ¿Qué buscan dichos fines? Los fines del Estado, siempre han de buscar la satisfacción de las necesidades de sus asociados, para generar en ellos, lo que pregonan el Estado Social de Derecho y es la satisfacción de las necesidades de la sociedad, a través de la consolidación y garantía de los derechos fundamentales, mediante la satisfacción de necesidades de orden público, las cuales corresponden a todas aquellas que no puedan ser satisfechas por el individuo sin la colaboración del Estado (Salomoni, 1999). En ese orden de ideas, los servicios públicos solamente se ocupan de suplir aquellas necesidades que por sí solo no puede procurarse el hombre, o que existiendo los recursos se hace necesario la intervención del Estado para su correcta utilización y distribución (como el agua, las telecomunicaciones, la electricidad, etc.).

2.2 La responsabilidad civil extracontractual por falla del servicio.

2.2.1 Concepto y naturaleza de la responsabilidad civil extracontractual.

Por responsabilidad civil extracontractual, se entiende todo deben de reparar un daño que se ocasione a otra persona, que surja de un hecho que no tenga justificación (Santos, 2012). Este

tipo de responsabilidad, proviene de un hecho considerado como ilícito intencional o no, que cause un daño a otra persona o a su propiedad, en el cual no media ningún tipo de relación contractual, pero que sin embargo con ocasión del daño, genera la obligación de resarcir (Alessandri, 1981)

En ese mismo sentido la define Josserrand (1951) al decir que la responsabilidad civil extracontractual se presenta en el evento en que una persona infringe a un tercero de manera directa o indirecta ya sea por acción o por omisión, un daño que no se deriva de la ejecución de una relación contractual preexistente. Ahora bien, para que exista dicha responsabilidad es necesario que el daño que se ocasione con el hecho sea antijurídico, lo que significa que el daño debe ser “consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico, imputable a título de culpa o de actividad peligrosa, ya sea concreto, singular o determinado o genérico, situaciones que en todo caso desconocen la prohibición de no causar daño, reflejada en el postulado del *neminem laedere*” (Santos, 2012, pág. 135).

Ahora bien, dentro de la doctrina existe una clasificación de la responsabilidad civil extracontractual aceptada ampliamente, la cual corresponde a determinar que existe responsabilidad subjetiva cuando en el acto o hecho que ocasiona el daño existe un elemento volitivo a título de dolo o culpa, y una responsabilidad objetiva en el caso de que dicho elemento no tiene incidencia en la ocurrencia del daño, toda vez que lo que debe analizar el juez al momento de imputar la responsabilidad es la consecuencia (objetiva) más no la intención con la que se realizó (subjetiva) (Santos, 2012).

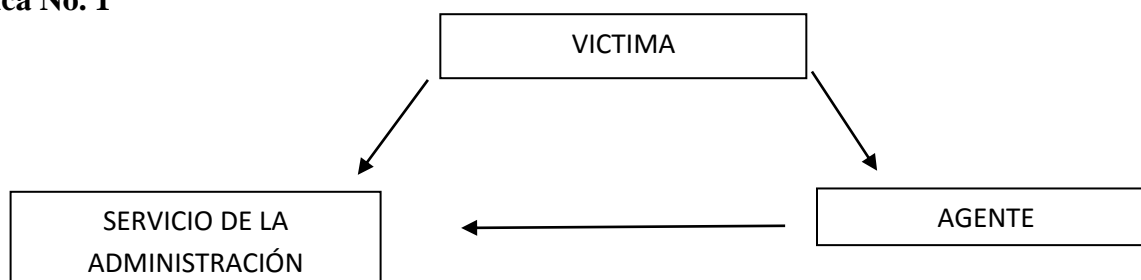
2.2.2 La falla del servicio.

Para el caso que nos ocupa se considera que en materia de salud, la que podría ser atribuida al Estado es la que se refiere a la responsabilidad civil extracontractual ocasionada por la falla en el servicio.

La falla del servicio en consideración de Morand – Deviller, (2010, pág. 836), por regla general es atribuible al Estado y consiste en el “incumplimiento a una obligación preexistente”,

dando lugar dicha responsabilidad a lo que en la doctrina francesa se conoce como las relaciones triangulares:

Grafica No. 1



Fuente: Grafica extraída del libro “Curso de Derecho Administrativo” cuya autoría corresponde a Jacqueline Morand – Deviller (pág. 841)

En dicha triangulación, el agente por ser un subordinado de la administración es quien ocasiona el daño, pero por esa misma relación de subordinación es el Estado quien debe responder por la falla, como ente regulador y vigilante de la gestión de sus agentes, y por ende es este quien debe reparar a la víctima por el daño causado.

Las situaciones en las cuales se presenta la falla del servicio son diversas en la realidad, sin embargo existen casos en los cuales no hay lugar a duda de la imputación de responsabilidad del Estado, tales como la falta de vigilancia y control, las situaciones en las que se presenta imprudencias o negligencias, las omisiones o retrasos, el incumplimiento de promesas o el suministro de información falsa o errónea (Morand – Deviller, 2010)

Para el caso concreto, la responsabilidad por falla del servicio atribuible al Estado en el servicio público de salud, podría enmarcarse entonces en la primera de las situaciones enunciadas, toda vez que como se ha mencionado a lo largo de la presente investigación, a pesar de que dicho servicio es prestado por entidades del sector privado, es el Estado quien debe velar porque el servicio se preste en las condiciones enunciadas en la Constitución Política, siendo entonces su responsabilidad vigilar y controlar las condiciones en que se presta el mismo, constituyéndose entonces este en el primer argumento para presumir una responsabilidad civil extracontractual por falla del servicio, en lo que respecta a la asistencia en salud en Colombia.

2.2.2.1 Falla probada del servicio.

La falla del servicio según la doctrina colombiana, puede ser presunta o probada. En el caso de la falla probada, atinente a lo que se enuncia como responsabilidad objetiva del Estado, denota sin lugar a duda que se ocasionó un daño con un actuar del Estado. Sus elementos constitutivos son los siguientes:

- **La falta o falla del servicio:** Dicho elemento es de tipo objetivo y consiste en la acusación de un daño generado por la violación de una obligación a cargo del Estado estipulada en textos específicos, como Leyes, reglamentos, estatutos, y que se deriven de un precepto constitucional (Irrisari, 2000).

En razón a ello, se puede decir que dicha responsabilidad se puede imputar en los casos en que el servicio no se presta en las condiciones adecuadas, toda vez que como se enunció anteriormente en el acápite de los servicios públicos, cada uno para su materialización debe contar con un desarrollo normativo, que contemple las condiciones en las cuales debe prestarse el servicio, lo que a final de cuentas constituye ese “contenido obligacional” de la norma, de obligatorio cumplimiento por el Estado en los casos en que este sea quien suministre directamente el servicio y de vigilancia y control por parte de este cuando el servicio sea suministrado por entidades del sector privado.

- **El daño o perjuicio ocasionado:** El daño es la consecuencia del hecho o acto que da lugar a la responsabilidad y consiste en la afectación a la víctima, ya sea en el detrimento de su patrimonio, en lesiones de orden fisiológico o psicológico, los daños morales, los cuales de ser probados por la jurisdicción, deben ser resarcidos por el agente que dio lugar a la conducta que ocasionó el daño.
- **Nexo de causalidad:** Es la relación existente entre el daño y el hecho que lo genera, el cual permite determinar sin lugar a duda razonable que el hecho que se alega ocasionó el daño, siendo entonces un vínculo de tal naturaleza, que no sea lógico pensar la existencia del daño sin la causa que la genera (Irrisari, 2000).

En esta modalidad de falla del servicio, al no haber lugar a dudas en la ocasión del daño con la falla del servicio, el Estado necesariamente debe probar que aunque el hecho generó un daño, el mismo se dio con ocasión de algún eximente de responsabilidad: fuerza mayor, caso fortuito, culpa de la víctima, hecho de un tercero, etc., y que por ende existe un quebrantamiento del nexo de causalidad, en virtud de dicha causal de exoneración.

2.2.2.2 Falla presunta del servicio.

Contrario sensu a la falla probada del servicio, la falla presunta del servicio se basa en la presunción de la responsabilidad del Estado en el daño. Dicha modalidad surge en la doctrina del Derecho Administrativo, toda vez que la carga de la prueba se dificulta cuando a quien se demanda es una entidad del Estado, la cual ostenta una posición dominante en lo que respecta al acerbo probatorio. Por ello, en esta modalidad es el Estado quien debe probar que no hay lugar a imputar la responsabilidad, acreditando ante el juez:

- Que su actuar fue consecuente con el deber objetivo de cuidado.
- Que su gestión fue realizada atendiendo a criterios de diligencia y pertinencia.
- Que no concurrió ni un caso fortuito ni una fuerza mayor.

Los elementos que constituyen este régimen de responsabilidad son los mismos de la falla del servicio probada, sin embargo los mismos difieren de dicha modalidad en lo que respecta a la carga probatoria, lo que quiere decir que en el régimen de la falla presunta, la carga de la prueba se invierte y es el Estado quien debe desvirtuar los elementos constitutivos.

2.2.3 Requisitos exigidos para que se pueda atribuir al Estado la responsabilidad por falla del servicio a la luz del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia.

La Constitución Política de Colombia en su artículo 90 dispone los elementos sin los cuales no es posible imputar al Estado una responsabilidad con ocasión de una falla del servicio, sometiendo dicha responsabilidad a la prueba de la existencia de un daño antijurídico, que sea imputable sin lugar a duda razonable a alguna de sus entidades públicas o sus funcionarios, que

hubieren incurrido en una acción u omisión que afecte los derechos de la persona (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 90)

De dicha estipulación se puede extraer que existen unos elementos que deben cumplirse para que exista una responsabilidad patrimonial de resarcir los daños en cabeza del Estado, los cuales son: que exista un daño antijurídico, que dicho daño hubiere sido generado por la acción u omisión del Estado a través de una de sus entidades públicas, y que el mismo sea atribuible al Estado.

2.2.3.1 Daño antijurídico.

El daño antijurídico es definido como una lesión al patrimonio de una persona, sobre el cual este no tiene el deber jurídico de soportarlo (García de Enterría, 2002), lo que en resumidas cuentas hace referencia a un daño que se ocasiona al individuo, sin que este legal y jurídicamente deba soportarlo. En ese mismo sentido, lo concibió la Asamblea Constituyente, cuando estudió el contenido del artículo 90 de la Constitución Política, al indicar que el daño antijurídico existe en el evento en que se cause un detrimento patrimonial que carezca de un título válido y/o que exceda aquellas cargas que debe soportar el individuo por vivir en sociedad (Asamblea Constituyente, Gaceta Constitucional No. 77 de 1991, pág. 9), lo que en definitiva quiere decir que el daño ocasionado debe ser de tal magnitud que no exista duda razonable que el mismo va en contravía del ordenamiento jurídico, y que por ende se constituye en un detrimento para la persona y una contravención al orden legal.

2.2.3.2 Elemento material: acción u omisión del Estado.

El daño antijurídico debe ir acompañado de este elemento material para que pueda ser imputado al Estado la responsabilidad por el mismo. La acción es concebida como toda aquella actividad perpetrada por el Estado a través de sus entidades que vulnere los derechos de los individuos, ocasionándole con ello un perjuicio. Contrario sensu, la omisión hace referencia al incumplimiento por parte de las entidades del Estado de las funciones, deberes u obligaciones,

dando lugar con ello a un detrimento en los derechos de las personas y a un perjuicio a las mismas.

2.2.3.3 La imputabilidad o *imputatio iuris*.

La imputación es otro factor determinante de la responsabilidad del Estado en materia de falla del servicio. Este elemento es definido como las condiciones mínimas que permiten determinar que un hecho es antijurídico, y atribuible a un sujeto, basado en el nexo de causalidad que existe entre la acción o la omisión y el perjuicio que se ocasiona (Sentencia del 3 de febrero de 2000, C. P: Alier Eduardo Hernández Enríquez)

Como se puede ver, nuevamente en estos elementos aparece como factor determinante de la responsabilidad el nexo de causalidad, el cual hace que la falla del servicio sea atribuible o no al Estado. Ahora bien dentro de este nexo de causalidad, existen por así decirlos subnexos que consolidan el mismo, los cuales hacen referencia al análisis que debe realizar el juez al momento de evaluar la imputabilidad de la conducta, los cuales consisten en: el tiempo en que se presentó la falla, el lugar donde se presentó la falla y mediante qué medios se constituyó la falla del servicio, los cuales al presentarse aunque sea uno daría lugar a atribuir la responsabilidad al Estado por ocasionar un daño antijurídico. En tal sentido, lo expresa Irisarri (2000, pág. 87) al indicar que:

Es claro pues, que si se acredita que el daño fue causado en horas del servicio – nexo temporal -, o en el lugar del servicio – nexo espacial -, o con instrumentos del servicio – nexo instrumental -, o con deseos de ejecutar el servicio o con impulsión del mismo, o si todos estos se presentaron, habrá un nexo con el servicio y esto significa que se dará el requisito de la imputabilidad, es decir, atribución del daño al Estado y, por tal razón, el Estado deberá responder por el daño causado.

En conclusión se puede decir que para que exista una responsabilidad imputable al Estado con ocasión de una falla del servicio, el acervo probatorio debe ser de tal contundencia que puedan concurrir tanto los elementos enunciados de las modalidades de falla del servicio (falla probada y falla presunta), así como los elementos que la Constitución Política indica para que el

Estado deba resarcir los daños ocasionados, lo cual brindaría al juez los elementos necesarios para determinar si existe o no una falla del servicio.

CAPITULO III.

LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y COMO SERVICIO PÚBLICO EN COLOMBIA

La salud en Colombia tiene en este momento una doble connotación: el de ser un servicio público y un derecho fundamental. Es por ello, que en este capítulo se analizará en detalle en qué consisten estas dos evocaciones del ordenamiento jurídico colombiano y cuál es el alcance de los mismos.

Así mismo, como referente teórico de la investigación, para realizar una ponderación del deber ser de la salud, se analizará la teoría que desarrolló el maestro Robert Alexy denominada como la “teoría de los derechos sociales fundamentales”

3.1 ¿Qué se entiende por salud?

El concepto de salud, se extiende a la inclusión de diversos factores de tipo social, político y económico. Tal como lo señala Briceño (1999, p. 15), el concepto de salud atiende a una “síntesis de una multiplicidad de procesos, de lo que acontece con la biología del cuerpo, con el ambiente que nos rodea, con las relaciones sociales, con la política y la economía internacional”, lo que implica entonces que la salud comprende no solo la interacción de factores físicos, sino que la misma se extiende a la interacción de diversos elementos que conforman el bienestar de la persona. En ese sentido, la salud corresponde a “un fenómeno social que sólo puede ser explicado teniendo en cuenta que se trata de una estructura de alto grado de complejidad como son los hechos humanos donde entra en acción una elevada cantidad de variables con fuerte interacción entre ellas” (Alcántara, 2008, p. 95).

Ahora bien la definición que actualmente se concibe de la salud ha sido una construcción social, que ha trascendido varias etapas, pasando de ser un asunto considerado como divino y propio de la religión, al considerar que la salud provenía de los designios divinos y de la ira del ser supremo por los pecados cometidos, hasta el concepto más racional y elaborada enunciado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el año de 1948, quien considerará la salud

como “un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (OMS, 1948, p. 1).

Dentro de dicho concepto, concurren entonces no solo condiciones biológicas de la persona, sino aquellas condiciones que son propicias para que dicho concepto sea una realidad social. Como bien lo decía Navarro (1998, p. 49), la salud también incluye “no solo los servicios clínicos que se centran en su mayor parte en lo somático y lo psicológico, sino también en las intervenciones sociales tales como las de producción, distribución de la renta, consumo, vivienda, trabajo, ambiente, etc.”. De ahí que se recalque que aunque la definición dada por la OMS como supremo velador de la asistencia en salud, se refiere a un concepto general y universal, que necesariamente se debe ver acompañado de otros elementos externos y propios de la vida en sociedad, de tipo económicos, y políticos, que escapan al escenario netamente de la biología y la anatomía. Como acertadamente lo dice (Alcántara, 2008, p. 102), quien señala lo siguiente:

(...) Por lo tanto, la salud comporta un abordaje desde la interdisciplinariedad, por estar enmarcada en el área de intersección de diversas ciencias, tanto naturales como sociales. Se trata de un área de conocimiento que intenta estudiar lo que se denomina como sistema global, en tanto “investigar uno de tales sistemas significa estudiar un trozo de la realidad que incluye aspectos físicos, biológicos, sociales, económicos y políticos” (García, 1996, p. 52)

En tal sentido, la salud, deja de ser un fenómeno exclusivamente médico, encerrado en el interior de los hospitales, para conforma un tema que les atañe a todos los actores de la sociedad, siendo una medición cuando los gobiernos están haciendo las cosas de manera acertada en el sector salud desde una política de Estado que sea eficaz y perdure en el tiempo

Por lo anterior, la salud es un tema de importancia del Estado, al ser la misma una condición necesaria para un bienestar social y colectivo. Por esa razón su provisión como servicio público y como derecho de sus asociados, comporta una serie de acciones tendientes a garantizar que económicamente, políticamente y culturalmente la asistencia en salud sea una realidad.

3.2 La salud como servicio público en Colombia

El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2009, establece que la salud en Colombia es un servicio esencial a cargo del Estado el cual debe ser garantizado a todas las personas, en sus dos etapas: en la promoción y protección, y en la segunda referente a la recuperación de un estado de salud óptimo, a través de tratamientos propicios y diagnósticos oportunos.

Al ser la salud, un fin esencial del Estado, la Constitución Política, le atribuyó al Estado la responsabilidad de organizar, direccionar, regular, y generar políticas públicas, que propendan por que dicho servicio, se preste bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, dicho artículo indica que es deber del Estado ejercer un control y seguimiento sobre la prestación de los servicios de salud que es delegada en entidades del sector privado, para garantizar que el mismo se preste con atención a los principios enunciados anteriormente.

Por otro lado, dicho artículo enuncia que los servicios de salud en Colombia, deben organizarse de manera descentralizada, a fin de generar una mayor cobertura, y debe ser estructurado con atención a los niveles que se requieren para la prestación eficiente de dicho servicio, para lo cual se deberá tener en cuenta la participación de la comunidad en dicha organización.

En dicha disposición es clara la intención del legislador de darle a la salud una connotación de derecho prestacional, es decir en el cual confluye la necesidad de una apropiación presupuestal del Estado para su cumplimiento.

La salud como servicio público es definido como una prestación a cargo del Estado o de los particulares autorizados para ello, de carácter esencial, que debe proveerse de manera general, continua, obligatoria, y en condiciones de eficiencia, celeridad y calidad a todos los habitantes del territorio nacional, cuyo control y vigilancia se encuentra en cabeza del Estado (Gañan, 2013). Así las cosas, se puede decir que al estar relacionado este servicio con las condiciones que requieren los individuos para realizar sus derechos fundamentales, el mismo tiene un carácter de esencial, toda vez que la no prestación o la prestación inadecuada del mismo

podría poner en peligro la existencia de las personas y el goce efectivo de sus derechos (Gañan, 2013).

En razón a ello, el servicio público de salud, por ser la base del goce de otros derechos debe ser garantizado y prestado con la oportunidad que se requiere, y en condiciones de efectividad y eficiencia, para que el mismo pueda considerarse satisfecho plenamente.

Es en ese punto donde a consideración de estos autores, se presenta una de las principales problemáticas que se pretenden demostrar con esta investigación, y es la que corresponde al deber del Estado en su posición de proveedor último¹ de los servicios públicos, el de garantizar que los mismos se presten en condiciones de acceso eficiente y con la oportunidad que se requieren, so pena de poder atribuirle a este una falla del servicio al no ser los mismos prestados en debida forma, lo que evidentemente causaría daños a los usuarios del mismo.

Dicha aseveración encuentra sustento en la afirmación reiterativa de que el Estado es quien debe **garantizar** que el servicio público de salud sea efectivo, lo cual ha sido reconocido por la Constitución al reconocer al Estado como el principal titular de la prestación de estos servicios, y como garante de la eficiencia de los mismos (Gañan, 2013).

Ahora bien, como se explicó en el segundo capítulo de esta investigación, con la provisión de los servicios públicos el Estado busca la consecución de sus fines, lo que en el servicio público de salud ve su efectividad en la “búsqueda continua, progresiva, eficiente, equitativa y universal del mejoramiento de la calidad de vida y del bienestar de los colombianos y de los residentes en Colombia” (Gañan, 2013, pág. 118).

De acuerdo a estas enunciaciones, se puede decir que el servicio público de salud, es mediante el cual se materializa el derecho a la salud (se define la salud en el acápite anterior), debiendo ser prestado el mismo como un mandato imperioso para satisfacer las exigencias y demandas que requieren en materia de salud los residentes del territorio nacional, lo que conlleva a afirmar que el servicio de salud para materializar el derecho a la salud debe ser prestado no de

¹ bajo el entendido de que a pesar de que los mismos sean prestados por entidades privadas, es deber del Estado el cumplimiento efectivo de los mismos

cualquier manera, sino atendiendo a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (C – 559 de 1992, M.P: Simón Rodríguez Rodríguez)

Para que dichas condiciones de eficiencia, universalidad y solidaridad, se presenten en la realidad necesariamente deben existir un acceso del usuario a tratamientos y atención en salud, que permitan de un lado prevenir la ocurrencia de un daño (atención preventiva), o el mejoramiento de su estado, en caso de enfermedad u otra dolencia (atención curativa), lo que conlleva a afirmar que el servicio de salud debe tener un contenido prestacional orientado a suministrar prestaciones de tipo concreto, traducidas en la prestación de servicios que propendan por promover campañas de atención en salud preventiva, el suministro de medicamentos y tratamientos y diagnósticos tempranos, que permitan la recuperación de la salud, y la adopción de acciones que busquen el saneamiento ambiental, a fin de evitar la propagación de enfermedades (C – 059 de 1997, M.P: Alejandro Martínez Caballero)

Es en dicho contenido prestacional, donde en Colombia se presentan los mayores inconvenientes, toda vez que es evidente que la crisis en el sector de la salud, no permite que los servicios tengan la eficiencia que consagra la Constitución en su artículo 49. En ese sentido lo expresa Paredes (2003), quien indica que la mayoría de las quejas y demandas que se presentan en el sistema de salud en Colombia, atienden a faltas cometidas por las entidades promotoras de este servicio, tanto de índole privado como público, que versan sobre la continuidad, la obligatoriedad, la calidad y la puntualidad en los servicios y suministros de medicamentos, siendo las entidades privadas, las que en mayor medida incumplen sus deberes para con los usuarios, aduciendo que estas no se encuentran sometidas a las mismas obligaciones que el sector público, en lo que respecta a la prestación del servicio de salud, desconociendo abiertamente que el servicio de salud es un fin esencial del Estado, y no un bien o servicio sujeto a las reglas del mercado.

Así mismo, lo indica Dueñas (2012), para quien el servicio de salud es deficiente debido en gran parte a los tratos poco humanos, que se presentan en la mayoría de los casos, mediante acciones tendientes a obstaculizar la atención del paciente, quedando este completamente indefenso ante la entidad que se abstiene de prestar el servicio, o ante una prestación deficiente del mismo, no teniendo otra opción el usuario que desistir del servicio o esperar a que sean escuchadas sus suplicas ante mandos inferiores, que nada pueden hacer por este, más que

indicarle que no es posible la prestación del servicio, debiendo ser el Estado quien abogue por el cumplimiento de sus derechos, a través de sus funciones de inspección, vigilancia y control en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud.

Es en dicho contexto, donde el Estado viene a desempeñar un papel esencial, toda vez que es este quien debe velar por el cumplimiento del derecho a la salud de sus asociados, dado que es una obligación de este el generar condiciones de bienestar a sus habitantes, lo cual necesariamente enmarca el derecho a un servicio público de salud eficiente. En ese sentido lo expresa la Corte Constitucional, al indicar que el carácter que tiene Colombia de ser un Estado Social de Derecho, lo vincula con la obligación de procurar en sus asociados condiciones de salud favorables para el ejercicio de sus demás derechos, constituyéndose entonces la prestación de un servicio de salud eficiente en un “cometido específico del Estado” (SU – 111 de 1997, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz)

La dualidad manifiesta de la salud como servicio público y como derecho fundamental, es una brecha que fácilmente puede confundirse, lo que conlleva a que existan interpretaciones para cada caso particular. Dicha falencia, en consideración de la Corte Constitucional se debe principalmente a que “la frontera entre el Derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso (...)” (T – 484 de 1992, M.P: Fabio Morón Díaz).

En razón a dicha problemática, es necesario analizar cuál ha sido el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de mayor relevancia, que conciben el derecho a la salud como un derecho fundamental.

3.2 La salud como derecho fundamental en Colombia.

3.2.1 La primera concepción en la Constitución Política del derecho a la salud como fundamental.

En la Constitución Política de Colombia, la salud fue enunciada como un servicio público a cargo del Estado en su artículo 49. Sin embargo, un primer acercamiento a la fundamentalidad del mismo, fue la contemplación expresa de que dicho derecho era fundamental, cuando se

tratara de un sujeto de especial protección, como los niños y niñas (Constitución Política, 1991 art. 44).

Ahora bien, el carácter de fundamental de la salud en los niños, tiene su razón de ser en la necesidad de atención que se requiere en los primeros años de infancia, por ser dicha época vital para el desarrollo de sus funciones vitales y de su fortalecimiento anatómico, siendo los primeros tres años de vida, donde se requiere una prestación continua del servicio de salud, por ser en este periodo donde se fortalece el cerebro casi en su totalidad (Atención Integral de la Primera Infancia, s.f).

Es por ello, que el Constituyente consideró necesario darle el carácter de fundamental al derecho a la salud de los niños y niñas, toda vez que sin la garantía del goce y la sujeción del mismo a un desarrollo progresivo y prestacional, no es posible pensar en un desarrollo integral del menor.

3.2.2 La salud como derecho fundamental en virtud del criterio de la conexidad.

3.2.2.1 La teoría del garantismo como criterio adoptado por la Corte Constitucional para la conexidad.

De los anteriores pronunciamientos se puede evidenciar que la Corte Constitucional en su interpretación de cada caso concreto, aplica fielmente la teoría del garantismo expuesta por el maestro Luigi Ferrajoli (2004), en su obra “Derechos y Garantías: la Ley del más débil”, considera que la forma más adecuada para que los derechos fundamentales sean efectivos, es un modelo garantista, en el cual el derecho enunciado ostente la calidad de un medio compuesto de garantías, que obliguen a toda la ciudadanía y a los diferentes órganos del poder público a la sujeción bajo toda circunstancia de los derechos fundamentales.

Ahora bien, este sistema garantista busca aminorar la problemática que se presenta ante la multiplicación de normatividad contraria entre sí, falta de garantías y mecanismos para hacer efectivos los derechos fundamentales tanto por parte de las ramas del poder público como de las demás personas.

Para llegar a este cometido, este autor considera necesario la “positivización” de los derechos fundamentales y la adopción de las garantías que permitan materializar estos derechos. Su teoría se fundamenta en que siempre en el escenario jurídico, existe una posición dominante de quien debe otorgar el derecho sobre quien lo debe recibir, lo cual en consideración de dicho autor es completamente inaceptable, toda vez que no es dado que en un Estado Social de Derecho el “fuerte”, se aproveche del “débil”. Ahora bien, la mejor manera de lograr ello es la adopción de normas que demuestren la voluntad del Estado de proteger a sus asociados y de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales, para así equilibrar dicha relación entre el más fuerte y el más débil.

Sin embargo, existen en consideración del autor, vacíos y situaciones que el legislador puede omitir al momento de adoptar dicha normatividad, lo que podría originar que el “más fuerte” le dé una interpretación a la Ley que desconozca los derechos fundamentales del “más débil”, siendo aceptada dicha interpretación en Derecho por estar ajustada a la Ley.

Es en este escenario donde para el maestro Ferrajoli, considera que el juez debe desempeñar un papel tutelar en el cumplimiento de los derechos fundamentales, brindándole la posibilidad de ir más allá de lo normado, dándole entonces a la actividad judicial un enfoque iusnaturalista, en el cual el papel de la actuación judicial no solo se limite a la aplicación de la Ley, sino también a ampliar el alcance de la normatividad, para de esta manera llenar los vacíos jurídicos de la misma y poder garantizar la efectividad de los derechos fundamentales.

Es por ello, que el autor considera que dentro de un sistema garantista propio de un Estado Social de Derecho deben existir dos tipos de garantías: unas primarias y unas secundarias. Las primeras hacen referencia a los desarrollos normativos que permiten garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales, las segundas a las medidas que debe asumir el Estado, frente a la ocurrencia de la vulneración de un derecho fundamental, para evitar que se continúe con la violación del mismo.

En nuestro caso en concreto, existen adopciones normativas que solamente contemplan la salud como un servicio público² dándole entonces solamente un carácter prestacional al mismo,

² Esto hasta el año presente (2015), toda vez que mediante la Ley 1751 de 2015, se le da el carácter de fundamental al derecho a la salud, la cual se analizara posteriormente.

siendo entonces vulnerado por aquellas entidades prestadoras de dicho servicio, bajo justificaciones como la insostenibilidad financiera, la escasez de recursos físicos y humanos para la prestación del servicio, etc., vulnerando de esa manera los derechos fundamentales de los usuarios.

En razón a ello, la Corte Constitucional, ha adoptado una posición de tipo garantista y por ende muy acorde con la teoría planteada por el maestro Ferrajoli (2004), creando por vía jurisprudencial (garantías secundarias), como mecanismo protector del derecho a la salud la figura de la conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal, para darle a dicho derecho la connotación de fundamental.

La conexidad es un criterio utilizado por el juez para determinar el vínculo que puede existir entre un derecho que no siendo catalogado por la Constitución Política como fundamental, se convierte en uno de ellos, en virtud de la relación que este tiene directamente con un derecho fundamental, de tal magnitud que de no ser protegido el primero se podría ver afectado o vulnerado el derecho con el cual se encuentra conexo.

La construcción de la conexidad como criterio para dar la catalogación de fundamental al derecho a la salud por estar vinculado íntimamente al derecho a la vida, ha sido principalmente desarrollado por la Corte Constitucional. Uno de los primeros precedentes de la posición de dicha Corporación acerca del carácter de fundamental del derecho a la salud, está planteado en la sentencia T – 116 de 1993, la cual indica que al tener derechos como la dignidad humana y la vida, como presupuesto fundamental el gozar de condiciones de salud óptimas, existe una conexidad entre estos, que hace del derecho a la salud fundamental, bajo la premisa de que si no es tutelado este, podría derivarse en una vulneración directa de los primeros, al permitir poner en riesgo la vida de las personas, basados en la teoría clásica de que la salud es un derecho de tipo prestacional, y por ende no objeto de efectividad inmediata (T – 116 de 1993, M.P: Hernando Herrera Vergara)

En ese mismo sentido, lo expresa dicha Corporación, al decir que la salud es una condición inescindible del derecho a la vida y la integridad personal, razón por la cual no es posible el disfrute de estos últimos si no existe una atención integral en salud (T - 281 de 1996, M. P: Julio Cesar Ortiz Gutiérrez)

Ya fijado dicho precedente la Corte aclara que comprende dicha conexidad entre la atención en salud y el derecho fundamental a la vida y a la integridad personal, aduciendo que dicho vínculo se debe ver materializado necesariamente en el suministro oportuno y adecuado de tratamientos, medicamentos, cirugías etc., que permitan a la persona mantener un buen estado de salud o recuperar el mismo, los cuales al no ser suministrados con la oportunidad y eficiencia que se requiere, podrían ser objeto de tutela por estar en conexidad con la vida o la integridad personal (T – 941 del 2000, M.P: Alejandro Martínez Caballero)

Lo anterior, evidencia que en resumidas cuentas el derecho a la salud incluye necesariamente una prestación de servicios y atención medica en los términos enunciados por el Constituyente en los artículos 48 y 49 de la Carta Magna, lo que hace presumir que el derecho a la salud en Colombia puede tener dos connotaciones diferentes una como servicio y otra como derecho fundamental, lo cual se explicará con posterioridad.

3.2.3 El paso del derecho a la salud como fundamental sin la figura de la conexidad con el derecho a la vida y la integridad personal.

Ahora bien, existen precedentes que permiten determinar que la salud no requiere de la figura de la conexidad para considerarse como fundamental. En ese sentido lo expresa la Corte Constitucional, al mencionar que al ser la salud un componente natural de la vida, debe ser considerado indiscutiblemente como un derecho fundamental (T – 366 de 1993, M. P: Vladimiro Naranjo Mesa)

Así mismo lo ratifica el Dr. Naranjo en la sentencia T – 447 de 1994, al manifestar que el derecho a la salud es fundamental por ser inherente al ser humano y un presupuesto necesario para la calidad de vida de todos los individuos, siendo este exigible, necesario y garantizable durante todas las etapas que atraviesa el hombre (es decir desde su nacimiento hasta su muerte), a través de la prestación de servicios oportunos de diagnóstico, prevención y curación de enfermedades que podrían afectar las funciones vitales del ser humano (T – 447 de 1994, M.P: Vladimiro Naranjo Mesa)

Nótese, que en esta sentencia el Dr. Naranjo enuncia que el derecho a la salud se deriva del derecho a la vida, lo que quiere decir que en su consideración no es necesaria la conexidad para que el derecho a la salud se considere como fundamental, sino que por el contrario el mismo tiene por sí solo dicha connotación por ser una condición inalienable al hombre.

Sin embargo, para la época de dichos pronunciamientos, era más la concepción de las garantías secundarias del derecho fundamental a la salud por vía jurisprudencial bajo la figura de la conexidad que la noción de que el mismo era fundamental. Es por ello, que la sentencia que demarcó la necesidad de adoptar por vía legal el derecho a la salud como fundamental fue la T – 760 de 2008, la cual unificó los criterios que hasta la fecha frente al tema había venido adoptando la Corte.

En dicha sentencia, la Corte hace un estudio global acerca de los aspectos que conciben al derecho a la salud como fundamental a pesar de no haber sido consagrado por la Constitución como tal. Como primera medida, este alto tribunal manifiesta que el hecho de que un derecho no hubiere sido consagrado dentro del capítulo de los derechos fundamentales, no es razón para considerar que el mismo no es fundamental, por ser dicha distinción una forma académica de distribución de los derechos, aceptada mundialmente desde hace décadas (T – 760 de 2008, M. P: Manuel José Cepeda)

Sin embargo, anota la Corte que aunque existe la fundamentalidad del derecho a la salud, el contenido del mismo se ve reflejado en la prestación de un servicio, lo que le da un carácter prestacional, el cual de acuerdo con el análisis que realiza la Corte debe ser de tipo progresivo, y acorde a la disponibilidad de los recursos, siendo por supuesto prioritarios aquellos servicios que sean vitales para la conservación de la vida, así como aquellos que se requieran por personas de especial protección como niños, mujeres en estado de embarazo y personas de la tercera edad.

Dicha tesis ha sido usada por las entidades prestadoras de salud, como justificación para no prestar los servicios que se requieren, argumentando que no se cuentan con los recursos suficientes, dado el carácter progresivo del servicio. Sin embargo, la Corte indica que si bien es cierto el derecho fundamental a la salud es de contenido prestacional, el Estado no puede justificar la falta de atención sin contar con mecanismos que propendan por que dicha situación

mejore, tales como la adopción de políticas públicas, por ser dicha situación vulneradora de los derechos fundamentales (T – 595 de 2002, M. P: Manuel José Cepeda Espinosa)

De otro lado, la Corte enuncia que para que se cumpla realmente el derecho fundamental de la salud, además de las políticas públicas, debe existir unas obligaciones a cargo del Estado para que se pueda afirmar que dicho derecho se está cumpliendo cabalmente, las cuales consisten de acuerdo con el Comité de Derechos Sociales, Culturales y Económicos en obligaciones de: respeto, protección y cumplimiento.

Las obligaciones de respeto, comprenden principalmente las limitaciones que se le deben imponer al Estado, referente a la denegación del acceso a la salud de todas las personas, así como la prohibición de actividades preventivas en materia de salud. En segundo lugar, está la obligación de proteger, de la cual se derivan en la responsabilidad del Estado de: (i) adoptar Leyes y otras medidas para garantizar a los asociados el acceso a los servicios de salud en condiciones de equidad, eficiencia y universalidad, (ii) evitar que la privatización del servicio a la salud represente una amenaza para el acceso al servicio de salud, (iii) verificar que el personal médico y auxiliar cuente con las condiciones necesarias para la prestación del servicio, tales como la experiencia y la educación necesarias, así como comprobar que el correcto suministro de medicamento y el uso correcto de los equipos médicos obtenidos para la prestación del servicio (T – 760 de 2008, M.P: Manuel José Cepeda).

Por último, la obligación de cumplir, comprende la adopción de medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud. (T – 760 de 2008, M.P: Manuel José Cepeda).

Estas obligaciones de acuerdo al análisis realizado por la Corte Constitucional ameritan una atención del legislador y del Estado para lograr su ejecución, atendiendo temas de vital importancia como la financiación del sistema, la necesidad de la restructuración del Sistema General de Salud, el deber de reformar el plan obligatorio de salud, etc.

3.2.4 El paso legislativo a la declaración como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano: análisis de la Ley 1751 del 16 de febrero de 2015.

Como se dijo anteriormente, la sentencia T – 760 de 2008, revolucionó y aclaró la concepción de la salud como un derecho fundamental en Colombia. Sin embargo para una mayor seguridad jurídica, el legislador consideró pertinente elevar dicho pronunciamiento a rango legal y por ende de obligatorio cumplimiento, mediante la Ley 1751 de 2015.

Dicha iniciativa, promovida por los doctores Roy Barreras, Motta, Puentes, Posada y Romero en el año 2013, fue incentivada con ocasión de las principales falencias que se evidenciaron del sistema de seguridad social en salud. Dentro de los servicios, para estos congresistas es constante el acceso inoportuno a los servicios, siendo una muestra de ello los tiempos excesivos a los que tienen que verse sometidos los pacientes para obtener un diagnóstico fehaciente y por ende un tratamiento adecuado para su enfermedad. De otro lado, los servicios de salud están en la actualidad asociados con problemas de calidad en la prestación de los mismos, los cuales hacen que el usuario determine el nivel de su atención como insatisfactorio.

Esas son las principales razones, que llevaron al legislador a adoptar una Ley enfocada en subsanar las falencias que se presentan en el área de la salud en Colombia. Como primera medida, el legislador optó por darle el carácter de fundamental e irrenunciable al derecho a la salud, en su artículo segundo, el cual a su vez se ve traducido en la garantía del acceso a los servicios de salud con oportunidad, eficacia y calidad, tanto en aquellas actividades destinadas a la prevención de enfermedades, como a aquellas orientadas a la recuperación de un estado óptimo de salud, garantizando a los usuarios equidad e igualdad en el acceso a los tratamientos y políticas promovidas por el Estado (L.1751 de 2015, art. 2)

Así mismo, para no desconocer lo consignado en el artículo 49 de la Constitución Política, esta normatividad confirmó la naturaleza de la salud como un servicio público de salud en Colombia, de obligatorio cumplimiento, cuya observancia, promoción y garantía debía estar en cabeza del Estado. Es por ello, que en concordancia con la posición adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia T – 760 de 2008, se le delegan al Estado obligaciones

consideradas como necesarias para el goce efectivo de la salud como derecho fundamental, dentro de las cuales se destacan:

(i) la obligación de abstenerse de ejercer acciones u omisiones que afecten de forma directa o indirecta el disfrute del derecho fundamental a la salud, o que conlleven al deterioro o a la generación de un daño a las personas, (ii) la responsabilidad de adoptar políticas públicas, encaminadas a garantizar el derecho fundamental a la salud a todos los habitantes del territorio nacional, en condiciones de igualdad y equidad, usando para ello, una coordinación armónica entre las actividades y acciones de todas las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social, (iii) la generación de herramientas jurídicas que garanticen el derecho fundamental a la salud, que contemplen un régimen sancionatorio aplicable ante actividades u omisiones que sean consideradas como violatorias de dicho derecho, (iv) cumplir a cabalidad con sus deberes de vigilancia, inspección y control, sobre las entidades prestadoras del servicio de salud, ya sean de índole privado o público, para de esa manera cumplir con los principios fundamentales del derecho fundamental a la salud, (v) realizar un seguimiento permanente al progreso de las condiciones de salud de los habitantes del territorio nacional a lo largo de su ciclo de vida, (vi) realizar un proceso de evaluación continua, que mida en los ciudadanos los resultados de goce efectivo del derecho fundamental a la salud, (vii) adoptar políticas que permitan la sostenibilidad financiera del sistema, para de esa manera garantizar el flujo constante de recursos, que garantice a la ciudadanía la atención oportuna, (viii) realizar una intervención en el mercado de medicamentos, equipos, e insumos, orientados a lograr su optimización, evitar las inequidades, y asegurar la calidad y suministro continuo de los mismos (L1751 de 2015, art. 5)

Para el cumplimiento de estas acciones, en la Ley en comento, se establecen varios mecanismos de control y de promoción de la concepción del derecho fundamental a la salud reflejadas principalmente en:

- La evaluación continua de la satisfacción del derecho fundamental a la salud mediante indicadores de gestión (Ley 1751 de 2015, art. 7)
- El establecimiento mediante el concepto de integralidad de la necesidad de atención a todos los usuarios del servicio en condiciones de igualdad, sin importar el régimen al que pertenezca o la carencia de un subsidio (Ley 1751 de 2015, art. 8)

- Adoptar políticas que contrarresten todas aquellas circunstancias sociales que incidan en la desigualdad en el acceso del servicio de salud, partiendo del principio de la equidad enunciado anteriormente (Ley 1751 de 2015, art. 9)
- La contemplación expresa de los deberes y derechos de los ciudadanos respecto del acceso a la salud, así como la reiteración de los sujetos especiales de protección y de atención prioritaria ((Ley 1751 de 2015, art. 10 y 11)

Así mismo, en el capítulo segundo de esta legislación, se acogen mecanismos que permitan garantizar el derecho fundamental a la salud, a saber:

- **Participación en las decisiones del sistema de salud:** Los usuarios tendrán el derecho de participar en aquellas decisiones que afecten el sistema de salud, mediante su intervención en la formulación de políticas de salud, seguimiento del sistema, promulgación de actividades de promoción y prevención, determinación de prioridades en el servicio, evaluación de resultados entre otras (Ley 1751 de 2015, art. 12)

Mediante dicho mecanismos la población puede estar informada acerca de las variaciones que frente al sistema se establezcan y tomar posición frente a estas, haciendo de esta manera valedero su derecho a defender sus intereses en aras de gozar efectivamente del derecho fundamental a la salud.

- **Prohibición de la negación de servicios:** La Ley en este mecanismo se refiere principalmente a la obligación de atención de urgencias médicas sin ningún tipo de impedimento de orden administrativo (Ley 1751 de 2015, art. 12)
- **Prestaciones de salud:** Como novedad, esta Ley establece no solo que las prestaciones de salud deben de ser índole curativo, sino que las mismas también debe incluir actividades de promoción y prevención. Así mismo, aclaró en qué casos no es dada la fundamentalidad del derecho a la salud (Ley 1751 de 2015, art. 15)

De otro lado, en dicha norma se les atribuye autonomía a los profesionales de salud (Ley 1751 de 2015, art. 17) para ejercer sus labores, por supuesto con las limitantes propias de la ética médica y profesional y el respeto por los derechos de los usuarios. A punto seguido, en los

artículos 19 y subsiguientes se establece la obligación del Estado de adoptar las siguientes políticas públicas:

- **Política para el manejo de la información en salud:** Establece la necesidad de crear un sistema único de información en salud, que integre los componentes demográficos, socioeconómicos, epidemiológicos, clínicos, administrativos y financieros (Ley 1751 de 2015, art. 19)
- **Política pública en salud:** Esta debe comprender los propósitos que permitan garantizar los componentes esenciales del derecho fundamental a la salud, así como contemplar los factores que permitan contrarrestar los factores sociales de inequidad. (Ley 1751 de 2015, art. 20)
- **Política de divulgación de información sobre progresos científicos:** Establece el deber de informar sobre los avances y práctica científicas que sean de pertinencia para el tratamiento de enfermedades (Ley 1751 de 2015, art. 21)
- **Política de innovación, ciencia y tecnología en salud:** Esta política está orientada en la producción en la investigación y adquisición de nuevos conocimientos y herramientas que puedan ser de utilidad en la satisfacción del derecho fundamental a la salud.
- **Política Farmacéutica Nacional:** Con esta política se busca regular el expendio y la adquisición de medicamentos que sean necesarios para tratar con eficacia las enfermedades, atendiendo criterios de “necesidad, calidad, costo, efectividad, suficiencia y oportunidad” (Ley 1751 de 2015, art. 23)

Por último, esta Ley establece que se deben garantizar el acceso y la disponibilidad de servicios de salud en las zonas marginadas (Ley 1751 de 2015, art. 24), así como la inembargabilidad de los recursos y la destinación específica de los mismos al sector salud.

Esta Ley si bien es cierto busca subsanar las falencias del sistema de salud en Colombia, y elevar a derecho fundamental el derecho a la salud, dándole entonces la posibilidad de ser solicitado su amparo por vía de la tutela, la misma es considerada por los autores de esta

investigación un tanto utópica, toda vez que para su consolidación deben concurrir factores de índole social y económico que permitan la efectividad de la misma.

Aunado a ello, en ninguna parte del texto, se habla explícitamente acerca de como se realizará la financiación del sistema tal y como se proyecta en dicha Ley en su artículo 4, habría que esperar la reglamentación que al respecto expida la autoridad competente, pero hasta tanto el mismo no se dé no es posible conocer si dicho propósito se puede cumplir a largo o mediano plazo.

3.2.5 La nueva concepción del derecho fundamental a la salud desde el punto de vista de los derechos sociales fundamentales de Robert Alexy y Rodolfo Arango en la Ley 1751 de 2015.

La nueva concepción del derecho a la salud en Colombia se ajusta a la teoría enunciada por el maestro Alexy (1993) determinada como los “derechos a prestaciones en sentido estricto” o “derechos sociales fundamentales”, los cuales son definidos por dicho doctrinante en sentido estricto como aquellos derechos que ostenta el individuo frente al Estado a algo que podría obtener también de particulares (Alexy, 1993). Este tipo de derecho bajo la óptica de esta teoría, atiende a tres criterios fundamentales en cuanto a su normativización: como derechos subjetivos, como normas vinculantes o no vinculantes, como principios o reglas (Alexy, 1993).

Así mismo lo concibe Rodolfo Arango, quien define los derechos sociales fundamentales como “aquellos derechos generales positivos que se encuentran establecidos claramente en una Constitución” (Arango, 2005, p. 40), que implica unas acciones a cargo del Estado, al considerar que este tipo de derechos “en principio, también constituyen obligaciones objetivas jurídicas del Estado” (Arango, 2005, p. 42), ya que “es posible derivar las obligaciones positivas del Estado de normas de derechos fundamentales, tal como la obligación de protección estatal del derecho a la vida y a la integridad física” (Arango, 2005, p. 42), tan íntimamente ligado a condiciones saludables.

Para este autor, existe una obligación en cabeza del Estado, respecto de materializar los derechos sociales fundamentales, por ser estos mandatos constitucionales. En ese sentido lo indica Böckenförde (1995), citado por Arango (2005, p. 43), quien aduce lo siguiente:

En la medida en que la vinculación jurídica afectiva tenga alcance es posible también extraer de los mandatos constitucionales un componente jurídico subjetivo, sin que con ello se amenace la estructura constitucional del Estado democrático de derecho. Este aspecto jurídico subjetivo adopta la **forma de demandas de defensa de ciertos individuos afectados por la inactividad**, el grave descuido o el irreparable desmonte de medidas por parte del Estado, como consecuencia del cumplimiento del mandato constitucional. Estas demandas de defensa se parecen a las demandas de estimación de protección (...)

Tal forma de concepción de los derechos sociales fundamentales, hacen que los mismos se consoliden como derechos subjetivos exigibles de primera facie al Estado, como ente velador del cumplimiento de la carta de derechos reconocidos constitucionalmente, reflejados en el desarrollo legislativo a cargo del Estado, así como de las acciones que debe realizar este para dar cumplimiento a las mismas.

En el caso del derecho fundamental a la salud en Colombia, dichos criterios se ajustan a lo expuesto en la Ley 1751 de 2015, toda vez que la misma le da el carácter de derecho fundamental a la salud y le da responsabilidades claras al Estado para su goce efectivo, lo cual se deriva en obligaciones puntuales y objetivas. Aunado a ello, dicha norma por ser fuente del derecho es de carácter vinculante, y por tratarse de la regulación de un derecho fundamental es objeto de protección mediante el mecanismo de la tutela, lo que en consideración del maestro Alexy, la hace vinculante. En cuanto al tercer criterio, dicha normatividad al considerar la salud como un derecho fundamental, precisó mediante reglas cómo se refleja en la realidad jurídica colombiana y en la sociedad, y cuál es el deber ser del sistema de salud para proteger el derecho fundamental a la salud.

Ahora bien, es claro para el profesor Alexy que no es posible el goce de la libertad, entendida como la facultad de gozar de los derechos sino se tiene los presupuestos fácticos para hacerlo. En ese sentido lo afirma al decir que “el derecho a la libertad no tendría valor alguno sin los presupuestos fácticos para poder hacer uso de él” (Alexy, 1993, p. 485), lo que en Colombia se ve reflejado con el tema de la salud y su relación intrínseca con la vida y la dignidad humana,

y hasta con el mínimo vital de las personas. Es por ello que en diversas ocasiones la Corte Constitucional ha considerado que el goce de la salud es indispensable para disfrutar del derecho a la vida, y por ello le dio bajo la figura de la conexidad el atributo de fundamental.

Es por ello, que el legislador se vio en la necesidad de realizar una ponderación entre lo que está escrito en la Constitución Política en su artículo 49 (escenario jurídico) y lo que realmente sucede en la realidad con el acceso a la salud (escenario fáctico), para determinar la necesidad de darle al derecho a la salud una connotación fundamental y a la vez una connotación prestacional, lo que daría lugar a la consolidación del planteamiento de Robert Alexy de que no es posible gozar de un derecho fundamental, cuando el mismo no puede ser materializado (Alexy, 1993).

Ahora bien, anterior a la promulgación de la Ley 1751 de 2015, existían fuertes objeciones principalmente por las entidades prestadoras de salud al carácter fundamental del derecho a la salud, por considerar que el mismo no estaba expresamente catalogado como tal dentro del ordenamiento jurídico colombiano, y que su fundamentalidad era simplemente con base en la interpretación jurisprudencial que realiza la Corte Constitucional para el efecto, siendo este el principal argumento para desvirtuar el carácter de fundamental del derecho a la salud. En razón a ello, el legislador buscó darle dicha fundamentalidad mediante una adopción formal y legal de la misma, dando lugar así a una positivización de dicho derecho, para brindar al juez las herramientas necesarias para su protección sin objeción alguna, lo que en juicio de Alexy (1993), se considera oportuno dado que no es posible que los tribunales decidan sobre el ámbito de los derechos fundamentales sociales, si el legislador aún no se ha pronunciado sobre los mismos (Alexy, 1993)

A punto seguido, este autor considera realizar un aporte que se considera de gran importancia en virtud de la posibilidad de realizar acciones judiciales en sede de tutela para el derecho fundamental a la salud, en el sentido de indicar que existen posiciones contrarias a la contemplación de derechos prestacionales como fundamentales, toda vez que en consideración de este autor el darle la connotación de derechos fundamentales a derechos tradicionalmente concebidas como sociales, conduciría a que la política presupuestaria del Estado, estuviera al arbitrio del derecho constitucional, lo que afectaría sustancialmente la división de poderes (Alexy, 1993)

Es en este punto, donde viene la principal crítica al contenido de la Ley 1751 de 2015, en la cual si bien es cierto se dice que el derecho a la salud es fundamental y por ende sujeto al mecanismo de protección por vía de tutela, no se establece con claridad cuáles son los mecanismos de financiamiento de la prestación del mismo, dejando así un vacío que podría dejar a consideración de la justicia constitucional las disposiciones presupuestales que frente al mismo se requieren.

Desde otra perspectiva este autor, enuncia la posición de algunos autores que consideran que la aplicación de una teoría de derechos fundamentales sociales, produce en efecto una colisión entre derechos. En un ejemplo claro, este aduce con respecto al derecho al trabajo, que el mismo es predicable a todos los habitantes del territorio Alemán, sin embargo no es posible garantizarlo a todo aquel que este desempleado, toda vez que dicho acto implicaría la toma de los medios de producción y la sujeción de la economía a la administración pública, vulnerando de esa manera el derecho de los ciudadanos a formar empresa y a disponer de formas de producción de bienes, lo que a la larga se traduciría en una forma de violación a la libertad de propiedad privada.

En el caso de la salud en Colombia, ese ha sido el principal choque que existe actualmente la libertad de la economía de mercado en el sector privado de la salud y el derecho fundamental a la salud, lo que en parte ha conllevado a que se prive de servicios a la ciudadanía bajo el pretexto de no estar afiliados o de no contar con la capacidad de cancelar los servicios. En ese sentido lo manifiesta Paredes, quien indica que en las instituciones prestadoras del servicio de salud, de índole privado se ha vuelto tendencia el negar la atención de urgencias a las personas que no cuentan con los medios para sufragar el servicio, bajo el argumento de que estas personas deben dirigirse a instituciones de índole público para poder ser atendidas (Paredes, 2003)

Lo anterior denota, una mercantilización del derecho a la salud, el cual se espera dentro de una óptica optimista desaparezca con la adopción de la Ley 1751 de 2015. Como solución a estas discrepancias, el profesor Alexy (1993) sugiere una ponderación entre lo que él denomina como principios, que se refieren a la situación fáctica. En el caso bajo análisis, dicha ponderación debe realizarse en la realidad fáctica dentro de las dos facetas que existen en la actualidad en materia de salud como derecho fundamental y como servicio público. Dicha

ponderación, en principio generaba diversas dificultades para el juez que valoraba cada caso en particular, y aún más para la persona, toda vez que aunque en la mayoría de los casos se tutelaba el derecho a la salud por conexidad con la vida, no existía la posibilidad presupuestal de acatar dicha decisión. Ahora bien, se espera que con la adopción de la Ley 1751 de 2015, no exista duda razonable en el cumplimiento del derecho fundamental a la salud por parte del juez, y más aún que se materialice en prestaciones efectivas, oportunas y adecuadas.

Se presume que la intención del legislador al adoptar dicha Ley, es la de demostrar que el derecho fundamental a la salud, prima por sobre las contingencias financieras que tenga el Estado Colombiano, atendiendo entonces el criterio de ponderación propuesto por el profesor Alexy (1993), el cual aduce que aunque los derechos fundamentales generan un costo elevado en la administración pública, ello no constituye una justa causa para negarlos.

Ahora bien, el modelo adoptado por la legislación colombiana para la salud, es en conjunto lo enunciado por Robert Alexy, bajo el entendido de que priman dos cosas fundamentales en el reconocimiento de la salud como derecho fundamental:

- La potestad del juez para ampliar su interpretación a lo no reglado por ser de tipo constitucional y por ende de aplicación inmediata, lo que en consideración de Alexy es inaceptable bajo la premisa de “(...) ninguna objeción de peso fundamenta el hecho de que los derechos fundamentales sociales necesiten una configuración jurídica ordinaria” (Alexy, 1993, p. 500).
- La consolidación de este derecho por encima del carácter prestacional que tenga el mismo, lo que quiere decir que no se encuentra sujeto o no la disponibilidad financiera.

Es por ello, que en palabras del autor, dicho modelo comprende la noción de que, “el individuo tiene un derecho definitivo a la prestación cuando el principio de la libertad fáctica tiene un peso mayor que los principios formales y materiales opuestos tomados en su conjunto. Este es el caso de los derechos mínimos” (Alexy, 1993, pág. 500), lo cual es plenamente

aplicable en materia de salud en Colombia, dada la nueva connotación de derecho fundamental del mismo.

CAPITULO IV

LA RESPONSABILIDAD IMPUTABLE AL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD

4.1 ¿Cómo estamos en salud en Colombia?

Para nadie es un secreto, que en la actualidad existen muchas falencias en la prestación del servicio de salud en Colombia, algunas de ellas atribuibles a la deficiencia en la asignación de los recursos o a la indebida administración de los que se encuentran disponibles. Es por ello, que previo a analizar cuál es el daño antijurídico que se deriva de dichas falencias, es necesario determinar cuáles son los factores que constituyen la crisis del sistema de seguridad social en salud en Colombia, y cómo estos inciden en la prestación del servicio público de salud.

Los esfuerzos realizados por el Estado para lograr ampliar la cobertura del servicio, mediante la afiliación de los ciudadanos al Sistema de Seguridad Social en Salud, han dado frutos satisfactorios en los últimos años. Muestra de ello es el paso de un porcentaje de afiliación en el 2000 del 58,83% de la población a un 94,49% de afiliación para el primer periodo del año 2015 (Así vamos en salud, 2015).

Tabla No. 2 Incremento de afiliaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud

| | Régimen contributivo | Régimen subsidiado |
|------|---------------------------------|-------------------------------|
| 2000 | 35,22% | 23,6% |
| 2001 | 32,68% | 27,12% |
| 2002 | 31,86% | 27,69% |
| 2003 | 32,99% | 28,36% |
| 2004 | 35,07% | 36,71% |
| 2005 | 36,31% | 43,32% |
| 2006 | 37,67% | 46,32% |
| 2007 | 38,91% | 49,19% |
| 2008 | 38,77% | 50,59% |
| 2009 | 40,16% | 46,64% |
| 2010 | 41,08% | 47,63% |
| 2011 | 42,61% | 48,26% |
| 2012 | 42,84% | 48,53% |

| | | |
|------|--------|--------|
| 2013 | 42,76% | 48,11% |
| 2014 | 43,56% | 48,01% |
| 2015 | 42,44% | 48,19% |

Fuente: Tabla tomada de las estadísticas realizadas por la organización “Seguimiento al sector salud en Colombia, así vamos en salud”, consultada el 20 de agosto de 2015, recuperada de: <http://www.asivamosensalud.org/inidicadores/aseguramiento/grafica.ver/15>

Sin embargo, tal como consta en las estadísticas, dichas afiliaciones han sido más constantes en el régimen subsidiado que en el régimen contributivo, lo que se considera totalmente contrario a lo que buscaba el legislador con la promulgación de la Ley 100 de 1993 y sus reformas, donde se esperaba que la mayoría de las personas afiliadas, lo hicieran al régimen contributivo, para de esa forma destinar solamente el presupuesto de la Nación, para atender a los sectores menos favorecidos de la sociedad.

Sin embargo, muchas de las personas que se encuentran laborando en la informalidad, han optado por afiliarse al régimen subsidiado para obtener la prestación del servicio de salud, con el objeto de evadir el pago de las prestaciones sociales, lo que por lo general también va acompañado de una constante que se presenta hoy día en las empresas tanto del sector privado como el público, que en la búsqueda de disminuir los costos de operación, vinculan a sus trabajadores de manera informal, o con contratos verbales, difícilmente probables ante la jurisdicción laboral como contratos laborales bajo el principio de la primacía de la realidad, lo que conlleva a que el usuario en vista de que no cuenta con una relación laboral estable y un subsidio por parte de su empleador de sus prestaciones sociales, busque negar dichos ingresos y afiliarse al régimen subsidiado.

Hay que reconocer, que aunque el Estado ha adoptado un sinnúmero de políticas y programas para garantizar la sostenibilidad fiscal del sistema, incluso asignando partidas del presupuesto de la Nación que sufraguen la prestación de este servicio a los sectores más vulnerables de la sociedad, aun el Sistema de Salud en Colombia depende en gran medida de los aportes que realizan los afiliados al régimen contributivo, para poder financiar la prestación del servicio de salud a estos y también a los afiliados al régimen subsidiado. En Colombia la mayoría de las afiliaciones se presenta en el régimen subsidiado y no en el contributivo, lo que conlleva a que

exista una sobrecarga de demanda del servicio, sin que se cuenten con los recursos para sufragar los mismos.

Si a esta situación, se le suma la cartera ascendente que tienen a la fecha las entidades prestadoras de salud de ambos regímenes, la cual de acuerdo al estudio realizado por la Asociación Colombiana de Hospitales (2013) ascendió para el año 2013 a los cinco billones de pesos, no es difícil concluir que la salud en Colombia y su prestación como servicio público, se encuentra en una situación crítica de financiación, lo que conlleva a que existan tantas deficiencias en los tratamientos, diagnósticos, y suministro de medicamento adecuados.

Así mismo, dicha falta de solvencia en el Sistema de Seguridad Social en salud, hace que la calidad de los servicios de salud, no sea la esperada por los usuarios. Uno de los factores que incide en dicha calidad, es la falta de entidades promotoras de salud e instituciones promotoras de salud que se encuentren certificadas como de alta calidad, por las autoridades competentes. Muy pocas de las que actualmente se encuentran en funcionamiento, han sido certificadas en una prestación del servicio de salud eficiente, idónea y oportuna, lo que lleva a inferir que aunque existe en la actualidad una amplia cobertura en la prestación del servicio de salud en Colombia, ello no significa que la prestación del servicio de salud se realice de forma eficiente, oportuna e idónea.

Muestra de ello, es que al año 2014, solamente se encuentran certificadas a nivel nacional un total de treinta y un (31) instituciones prestadoras del servicio de salud (Icontec, 2014) la mayoría pertenecientes al régimen contributivo y al de medicina prepagada³, índice que se considera bastante bajo si se analiza la cantidad de entidades prestadoras de este servicio que se encuentran a nivel nacional, situación que a la luz de lo preceptuado en la Constitución Política de Colombia no es razonable ni justificable, toda vez que todas las entidades promotoras de salud tanto de índole público como privado, deberían estar acreditadas o en proceso de acreditación, para garantizar que la prestación del servicio se realiza con la calidad e idoneidad y oportunidad que requieren los usuarios.

³ Al respecto, consúltase la información suministrada por el ICONTEC en la página web <http://www.acreditacionensalud.org.co/novedades.php?IdSub=108&IdCat=25&titulo=IPS%20ACREDITADAS>

Adicional a ello, existen los excesivos tiempos de espera que se presentan para la asignación de citas de medicina general y especializada que oscilan entre 1 y 11 días en las entidades promotoras del servicio de salud o en las instituciones prestadoras de dicho servicio (Ministerio de la Protección Social, 2011), lo que demuestra la parsimonia con la que las entidades de salud toman dicho servicio, lo cual dista mucho de cumplir con la esencia del principio de oportunidad consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política de 1991.

Sumado a ello, se encuentra la demora en la entrega de los medicamentos necesarios para realizar el tratamiento de las dolencias que aquejan a los usuarios, los cuales dependen de la prescripción que de los mismos realiza el profesional de la salud, una vez valoradas los síntomas y la patología que los produce, cosa que solamente es posible cuando el usuario accede a las consultas que para el efecto programa con su entidad promotora de salud, las cuales como se indicó anteriormente, tienen un tiempo de respuesta prolongado dada la congestión que a la fecha adolece en general el Sistema de Seguridad Social en Salud.

Otro punto álgido, que ha sido tema de discusión es la atención y manejo de las urgencias en los centros hospitalarios. En Colombia la atención de urgencia es caracterizada por una falta de comunicación y diligencia en la transmisión de la información, entre las entidades prestadoras del servicio EPS y los hospitales y/o centros hospitalarios, que brindan este servicio, circunstancia que ha ocasionado en muchos casos la muerte de los usuarios, por no poder acceder al servicio de manera oportuna.

Aunque este servicio en principio debe ser gratuito para todos los usuarios el sistema, los centros hospitalarios que lo brindan, niegan el servicio en muchas ocasiones por no contar el usuario con una afiliación a ningún régimen o por estar en mora en los casos del régimen contributivo, cosa que legal y constitucionalmente se encuentra prohibido, pero que sin embargo aún hoy día se presenta en la cotidianidad del sistema de salud en Colombia.

La razón de ser de esta negativa de los hospitales de brindar este servicio a quien no se encuentra afiliado o se encuentra en mora, data del problema socio – cultural, que se refleja en el mal manejo que se le ha dado a este servicio por parte de la población, la cual al ver que sus intereses no son satisfechos mediante las consultas externas dado los tiempos de respuesta tan prolongados, acuden a las salas de urgencias con enfermedades que no se identifican como

vitales, a sabiendas que por Ley el acceso a dicho servicio no puede ser negado por los hospitales por falta de pago de sus aportes o sujeto a condición alguna, situación que ha ocasionado que la infraestructura hospitalaria se congestione, desmejorando los tiempos de atención y la calidad del servicio.

Como medida de solución de estas falencias, el Estado ha optado por clasificar la atención de acuerdo a la severidad de la lesión o padecimiento del paciente, mediante un sistema de *triage* que evalúa el tiempo de espera que se requiere para la atención de urgencias, clasificándolas en vitales o no vitales, situación que ha generado un descontento general en los usuarios, los cuales consideran, que los tiempos de espera para la atención son excesivamente largos, en comparación con el padecimiento que adolecen.

Sumado a eso, en Colombia el factor del talento humano de los centros hospitalarios, incide en gran medida en la prestación del servicio. Aunque día a día se capacita más personal en los centros universitarios, en carreras dedicadas a la conservación de la salud, como la medicina general y la especializada, la enfermería y la odontología, muchos de ellos, prefieren ejercer sus profesiones en las entidades promotoras de salud de medicina prepagada, dado que los salarios que en las mismas se dan son considerados por dichos galenos, como acordes con el esfuerzo ejercido durante su ejercicio académico, dejando a un lado la vocación de servicio que debería guiar tan importantes carreras.

Ahora es claro que no sucede en todos los casos, ya que de ser así ningún hospital público contaría con personal para brindar el servicio. Sin embargo si es evidente que las condiciones laborales del personal médico que labora en hospitales públicos, afectan en gran medida su desempeño y su grado de compromiso, a lo que se suma que dadas las limitaciones presupuestales que adolece el sistema de salud en la actualidad, éstos no pueden prescribir con libertad los medicamentos que consideren más idóneos para el tratamiento de las enfermedades, por ser algunos de ellos de un costo elevado que no puede sufragar el centro hospitalario o EPS.

Así mismo, otro gran problema que se presenta en la actualidad en el servicio público de salud, es la saturación de usuarios en la infraestructura hospitalaria y la falta de pago de las EPS tanto del régimen subsidiado como del régimen contributivo a los centros hospitalarios que brindan el servicio de urgencias, lo que ha dado lugar a un déficit en los recursos que se

requieren para la prestación del servicio con la calidad que necesitan los usuarios, lo que en un futuro no muy lejano puede conllevar a la clausura de estos servicios, por falta de los recursos necesarios para brindar la atención, o en el peor de los casos al deceso de alguno de los pacientes.

Aunado a lo anterior, otro factor que incide en la crisis que adolece el Sistema de Seguridad Social en Salud, es la mercantilización del derecho a la salud. Si bien es cierto, el legislador en el año presente, busco darle el carácter de fundamental al derecho a la salud, para que fuera objeto de garantía mediante la acción de tutela, dicho derecho bajo el esquema de delegación de la prestación de este servicio a entidades privadas, ha hecho un desafío el poder llevar el servicio de salud a las poblaciones menos favorecidas, toda vez que para las empresas prestadoras del servicio de salud no es negocio dirigir sus esfuerzos a población que no cuenta con el dinero para sufragar los servicios prestados.

Además de ello, el Estado se ha enfocado en mayor medida en establecer normas donde si indiquen factores de cumplimiento, y no objetivos de calidad del servicio, lo que obliga a los centros hospitalarios y a las entidades que prestan el servicio de salud, a acogerse a lo que esta reglado con los recursos disponibles, y no a las necesidades de los usuarios.

4.2 La responsabilidad civil extracontractual del Estado por la falla en el servicio público de salud.

La Constitución Política de Colombia, en su artículo primero indica que Colombia, está organizado como un Estado Social de Derecho, de lo cual se infiere que sus objetivos primordiales es la protección de los derechos fundamentales, tales como el respeto a la vida, a la dignidad humana, a los derechos sociales, etc., los cuales se traducen en el acceso a lo que el maestro Alexy (1993), enuncia como derechos sociales fundamentales, que se traducen en el acceso a una vivienda digna, a una educación de calidad, a una atención preventiva y correctiva en materia de salud, entre otros.

La garantía al acceso de dichos derechos sociales fundamentales, hace que los fines del Estado Social de Derecho, se vean realizados a través de la materialización de las libertades

propias de cada ser humano, que propendan por el bien general y por el bienestar del individuo, buscando equilibrar las relaciones sociales en lo que respecta al acceso equitativo de los bienes y servicios necesario para el disfrute de los derechos humanos reconocidos universalmente.

Bajo este nuevo enfoque, el Estado Social de Derecho de Colombia, busca darle prevalencia al individuo y sus necesidades básicas, procurando satisfacer las mismas a través de la provisión de servicios públicos, que le permitan ejercer con libertad sus derechos fundamentales. En razón a ello, la Constitución Política de 1991, consagró la salud como un servicio público de carácter obligatorio, sometido a la dirección, vigilancia y control del Estado cuanto este no sea quien lo preste directamente, elevado al rango de derecho fundamental mediante la Ley 1751 de 2015.

El alcance de estas dos perspectivas de la salud en Colombia, se traduce en el suministro efectivo e integral que debe realizar el Estado o quien este delegue para ello, de los medios que se requieran para llevar una condición de existencia digna. Dentro de dicha perspectiva se encuentra el derecho a la salud, el cual de un lado es considerado como inherente a la persona (fundamental), y por el otro como de carácter prestacional (servicio público). Este último enfoque de la salud como servicio público prestacional, ha requerido de un desarrollo económico, político y legislativo del Estado para garantizar su acceso a todos los habitantes del territorio colombiano.

Dentro de dicho contexto, el Estado desempeña un papel muy importante, toda vez que es este último quien debe garantizar a sus asociados, el acceso a la salud como derecho fundamental y/o como servicio público. Si bien es cierto la Constitución Política y la Ley, le permiten al Estado delegar tal función en entidades privadas, reservan para este la responsabilidad de velar porque el servicio público sea garantizado en todo momento, y se preste atendiendo a los principios de calidad, oportunidad y eficiencia, para lo cual el Estado a través de las autoridades que designe para ello, debe ejercer funciones de vigilancia, control e inspección del actuar de sus entidades privadas delegatarias, que para el caso concreto atienden a todas aquellas entidades que hacen parte de la red del Sistema Integral de Seguridad Social en Salud.

Aunque como se dijo, existe la facultad de la delegación de la provisión del servicio público de salud en cabeza de entidades privadas, dicha figura no exime al Estado de responder

patrimonialmente por los daños que se ocasionen a los usuarios de dicho servicio, por ser este quien en últimas debe ser el encargado de velar porque el servicio de salud, se preste en las condiciones indicadas en el artículo 49 superior.

Para ello, el Estado debe adoptar las políticas y desarrollos normativos, mediante los cuales se concreten las condiciones necesarias para que la prestación del servicio público de salud se realice en miras a satisfacer las necesidades de los asociados, lo que se traduce en la creación de establecimientos suficientes que presten dicho servicio, que los mismos cuenten con la infraestructura necesaria para hacer efectivo el mismo, y de esa manera dotar de eficacia el derecho fundamental a la salud, a través de acciones que conlleven a que todas las personas tengan un acceso efectivo a los tratamientos, diagnósticos y acciones preventivas que se requieran para ver suplidadas sus necesidades.

En los casos, en que algunos de los supuestos enunciados anteriormente no se cumpla, se presume que existe una falla del servicio atribuible al Estado, por ser este quien debe garantizar que la prestación del servicio de salud se realice en las condiciones enunciadas en el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia, so pena de incurrir en la generación de un daño al usuario de carácter permanente (en el caso de muerte), o transitorio pero relevante (en los eventos en que se produce alguna lesión que afecte su desarrollo normal en sociedad o su capacidad laboral), los cuales pueden ser cuantificables y por ende sujetos a indemnización.

De ser probado por el usuario o un familiar de este (en caso de su muerte), que existió una falla en el servicio de salud, la responsabilidad en cabeza del Estado se traduce en la obligación de resarcir los daños que se ocasionen con la acción u omisión de algunas de sus entidades o de su personal, o sobre las que ejerce su control o inspección (entidades privadas que prestan el servicio de salud), que infrinjan una lesión sobre bienes jurídicamente tutelados por la Ley y la Constitución Política, como la vida o la integridad personal. Tal lesión, es la que se considera como un daño antijurídico, el cual de acuerdo a la teoría expuesta en el capítulo segundo de esta disertación, constituye una carga a la cual no debe estar sometido el ciudadano.

Ahora, el deber ser es que todas las instituciones prestadoras del servicio de salud, es la prestación oportuna de dicho servicio, con la calidad e idoneidad que requiere el usuario. Al no presentarse dichas condiciones, y con la concurrencia de factores que afectan el servicio, se

presume que existe una falla del servicio que ocasiona un daño antijurídico al usuario, traducido en la continuación de la dolencia que le aqueja, la cual al no ser tratada con la idoneidad y oportunidad que se requiere, puede derivarse en un resultado adverso a las condiciones mínimas de existencia que hacen parte de los derechos fundamentales de la vida y la dignidad humana, lo que se constituiría en un daño que debe ser resarcido por el Estado, quien tiene la responsabilidad de garantizar que el servicio de salud se preste con atención a las necesidades de los usuarios.

Ahora bien, la crisis que adolece a la fecha el Sistema de Seguridad Social en Salud, enunciado en el acápite anterior, se constituye a juicio de los autores de esta disertación como la causa principal de la generación de un daño antijurídico a los usuarios, toda vez que los factores que inciden en la prestación deficiente del servicio enunciados en el acápite anterior como la falta de oportunidad en la prestación del servicio, la falta de personal idóneo, la deficiente calidad del servicio, conllevan a que el servicio público de salud no cumpla con su fin primordial, correspondiente a la satisfacción de las necesidades básicas que demandan los usuarios del sistema de seguridad social, en materia de salud.

Así las cosas, es claro que existe un nexo de causalidad entre la producción del daño antijurídico perpetrado al usuario, y los hechos que generaron el mismo, materializados en los factores que demuestran la ineffectividad del Sistema de Seguridad Social en salud, dada la crisis que adolece el mismo en la actualidad, la cual es atribuible al Estado por ser este quien debe brindar las condiciones necesarias para que la prestación de dicho servicio se realice con atención a los presupuestado en el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia.

Así las cosas, el nexo de causalidad que se presenta entre los hechos generadores de la indebida prestación del servicio público de salud traducidos en las condiciones de ineficiencia, falta de oportunidad, y calidad del Sistema de Seguridad Social en Salud, se encuentran íntimamente ligados o más bien son los agentes que producen un daño antijurídico en los usuarios de dicho sistema, traducido en la omisión o acción de denegar el servicio público de salud, o de prestarlo de manera deficiente, lo que conlleva a que el afectado en su salud se vea en la obligación de soportar sus dolencias o problemas de salud por un tiempo indeterminado, o una atención deficiente que no resuelve el problema de fondo, lo que podría generar que el estado del usuario no mejore, o en el peor de los casos que desmejore hasta conducir a su muerte.

Aunado a ello, el Consejo de Estado ha considerado que también puede concebirse como un daño antijurídico imputable al Estado, los eventos en que se produce en el usuario un dolor intenso, o cuando se le obliga a padecer una incertidumbre acerca de si se le brindará o no la atención, o mediante la aplicación de procedimientos que no se realizan con la calidad que se requieren, o cuando los mismos no son idóneos para atender el problema de salud que se pone en manos de las instituciones prestadoras de dicho servicio, lo que aunque no puede ser tazado en una indemnización de tipo patrimonial, sí constituye un daño antijurídico para el usuario, por violar su derecho fundamental a la salud (Sentencia del 7 de octubre de 2009, C.P. Ramiro Saavedra Becerra).

Así mismo, la responsabilidad que se presenta por la falla del servicio en la prestación del servicio público de salud, se puede derivar de la omisión en la que incurre el centro asistencial en la prestación oportuna del servicio, dando lugar a un incumplimiento en su deber de atención, ocasionando un resultado adverso a la salud, a la integridad del paciente o a la muerte del usuario (Consejo de Estado, Sentencia del 17 de abril de 2011, C.P. Ruth Stella Correa Palacio), situación que aunque debería ser resuelta por el Estado mediante sus funciones de inspección, vigilancia y control, solamente es tomada en cuenta como relevante cuando el usuario acude a la vía judicial buscando una indemnización por los daños ocasionados.

Ahora bien, es claro que no en todos los casos los resultados de la omisión del Estado y de sus agentes delegados para la prestación del servicio público de salud (entidades privadas), generan un deterioro en la salud de los usuarios, lo que llevaría a pensar que ante la inexistencia de un daño cuantificable como la muerte o una incapacidad permanente o transitoria, no habría lugar a la imputación de la responsabilidad al Estado por no existir daño antijurídico.

Al respecto el Consejo de Estado, ha sido claro, al decir que solo baste la deficiente o nula prestación del servicio público de salud para generar una responsabilidad patrimonial del Estado, aunque de la misma no se derive un deterioro a la salud, toda vez que dichas fallas son consideradas bajo la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, como hechos generadores de una vulneración de otros derechos o bienes jurídicos tutelados, como el de la prestación eficiente de un servicio, el de la dignidad humana, entre otros (Sentencia del 28 de abril de 2010, C.P. Mauricio Fajardo Gómez). Así las cosas el Consejo de Estado ha construido una teoría de la

falla del servicio basada en la deficiente prestación del servicio público de salud, que dada la importancia de la misma, se reproducirá textualmente:

El Estado es patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando tales años se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia, pero también es responsable del daño aún en eventos en los que no se demuestra esa relación causal, pero queda acreditado que la prestación asistencial no le fue brindada al paciente de manera diligente, utilizando todos los medios técnicos y científicos de los que deben disponer las entidades medicas estatales, de acuerdo a su nivel de complejidad, o no se remite oportunamente al paciente, a un centro de mayor nivel, porque esas fallas vulneran sus derecho a la asistencia en salud (Sentencia del 27 de abril de 2011, C.P. Ruth Stella Correa Palacio)

De la interpretación de esta construcción jurisprudencial, se evidencia que a diferencia de la responsabilidad médica tradicional, en la responsabilidad del Estado por la deficiente prestación del servicio de salud constitutivo de una falla del servicio, basta constatar que el paciente requería de los servicios de salud, y a que pesar de haber acudido a las entidades promotoras de salud o a los centros hospitalarios para obtener los mismos, éstas se rehusaron a prestarlos o accediendo a brindar los mismos, la asistencia se realizó de manera deficiente o inoportuna, para que se consolide la falla del servicio.

Por su parte la imputación del daño antijurídico al Estado, en el caso sub examine, también se basa en la omisión en que este ha incurrido, al no adoptar políticas públicas y normatividad que propendan por una solución de fondo a la problemática de la crisis del Sistema de Seguridad Social en Salud, así como la violación de sus deberes respecto del rigor que se deriva de la responsabilidad de inspección, vigilancia y control de las entidades de carácter privado que prestan estos servicios, lo cual se evidencia en la cantidad de tutelas que a diario deben interponer los usuarios, para ver satisfecho su derecho fundamental a la salud, aun cuando muchos de los medicamentos y procedimientos, ya han sido autorizados por los médicos tratantes, o que estando contemplados en los planes obligatorios de salud, son negados por dichas entidades, bajo la excusa de no disponer de los recursos para sufragarlos, lo que hace que el usuario pierda la oportunidad de recuperar su salud, traduciéndose dicha pérdida de oportunidad en un daño antijurídico.

CONCLUSIONES

La seguridad social en materia de salud, ha tenido con la adopción del esquema de Estado Social de Derecho un cambio significativo en Colombia, pasando de ser una atención por caridad e higienista en la Constitución de 1886, a un servicio público esencial y obligatorio y un derecho fundamental reconocido en la Constitución Política de Colombia, en la jurisprudencia de su máximo interprete y de la norma con la reciente expedición de la Ley 1751 de 2015.

La salud a partir de dicho enfoque como derecho y como servicio público, parte de la idea de lo “social” de un Estado de Derecho, el cual debe enfocar su actuar en la búsqueda constante del bienestar de sus asociados, a través de la provisión de condiciones esenciales para el desarrollo y goce de sus derechos fundamentales, como es para el caso analizado, unas condiciones de salud favorables para una existencia digna.

Para lograr dicho cometido, el Estado adoptó las directrices y organización del Sistema Integral de Seguridad en salud, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y sus Leyes modificatorias, guiadas por unos principios orientados al cumplimiento de los fines del Estado, tales como la eficiencia, la universalidad, la cobertura, la solidaridad, la calidad, etc., los cuales se constituyen en las pautas que deben seguir las entidades prestadoras del servicio de salud en Colombia, para cumplir con el cometido de generar bienestar en los habitantes del territorio colombiano.

Con dichas transformaciones el papel del Estado ha venido a ser el de intervencionista y regulador de la prestación de dicho servicio, estando dentro de su competencia el velar porque este servicio se preste bajo condiciones de calidad, eficiencia y oportunidad, tal como lo establece el artículo 49 de la Constitución Política.

Sin embargo, a pesar de todos estos esfuerzos adelantados por el Estado Colombiano, aun en la actualidad existen falencias en la prestación del servicio de salud, ocasionados en su mayoría, por la crisis que adolece el Sistema de Seguridad Social Integral en Salud, la cual se ve reflejada en la falta de financiamiento de los servicios, la precaria e inoportuna atención a la cual se ven sometidos los usuarios, la falta de idoneidad y calidad de los tratamientos que se brindan a los afiliados, la falta de sostenibilidad financiera, la utilización de un derecho fundamental y un

servicio público obligatorio con fines de lucro, las condiciones laborales desfavorables para el personal de la salud; los cuales inciden en que no se cumplan con el fin primordial de la salud como presupuesto del derecho a la vida y a la dignidad humana.

Ahora bien, como se analiza en el segundo capítulo de esta disertación académica, la provisión de los servicios públicos tanto en países europeos como es el caso de Alemania y Francia y en el Estado Colombiano, son el medio que utiliza el Estado para el cumplimiento de su fin de generar condiciones de bienestar en sus asociados que no pueden ser obtenidas por ellos mismos.

En el caso de la salud, el Estado Colombiano, en aras de mejorar la cobertura del servicio de salud y con el fin de generar condiciones de igualdad que permitan a todas las personas, el acceso a este servicio en condiciones de equidad, optó por permitir que dicho servicio fuera prestado por entidades de carácter privado, limitando su acción a vigilar, controlar e inspeccionar que la prestación del servicio a la salud, se realice en la forma en que establecen los instrumentos internacionales y la Constitución Política de Colombia.

Así las cosas, el rol que debe desempeñar el Estado en la prestación del servicio público de salud, cuando este no es prestado directamente por sus entidades, es del vigilante y garante del cumplimiento de los presupuesto de calidad, oportunidad y eficiencia que deben caracterizar este servicio como presupuesto necesario para el goce del derecho fundamental a la salud de todos los habitantes del territorio, lo cual debe concretarse en la adopción de políticas y reglamentaciones claras que busquen la sostenibilidad del sistema de seguridad social en salud, la eficiencia en los servicios a través de la capacitación constante del personal médico y asistencial que labora en las entidades promotoras del servicio de salud y en los Centros Hospitalarios en Colombia, así como el mejoramiento de sus condiciones laborales, la calidad en los tratamientos que se le brindan a los usuarios, la evaluación constante de los tiempos de respuesta de las entidades que prestan el servicio en lo que respecta a la asignación de consultas y suministro oportuno de medicamentos, entre otros.

Aunque dichas iniciativas existen en la actualidad, las mismas no han tenido la eficacia que se esperaba, dado que como es conocido ampliamente por la ciudadanía colombiana, a la fecha el Sistema de Seguridad Social en Salud adolece una crisis sin precedente, caracterizada

por una congestión en su infraestructura, déficit en sus recursos e indebida administración de los mismos, ineficiencia de la prestación del servicio por las entidades tanto del sector privado como público, índices elevados de cartera entre los centros hospitalarios que brindan el servicio de urgencia y las empresas promotoras de salud (EPS), la demora en los servicios a causa de la concurrencia masiva de ciudadanos en los servicios de urgencias, entre otros factores, que hacen del servicio de salud y del derecho fundamental a la salud, una utopía que a la fecha no ha sido parte de la realidad colombiana como se esperaba con la promulgación de la Constitución Política de 1991.

Esta falta de acción real del Estado, para subsanar dichas falencias, es lo que se considera como una causal de falla del servicio en el servicio público de salud, habida consideración de que la prestación eficiente del mismo, depende en gran medida de los mecanismos jurídicos, políticos y sociales que para el efecto adopte el Estado. A la fecha se ha limitado simplemente a buscar la solución de las problemáticas de fondo del sistema, a través de la promulgación de normas, que a la postre se convierten en ineficaces y tortuosas para los usuarios, generando más descontento que simpatía en la ciudadanía, al contemplar las mismas como una forma de regulación de un sinnúmero de trámites burocráticos que lo único que hacen es torpedear el ejercicio de los especialistas, que ante las limitantes presupuestales y de atención que se presentan en la crisis del sistema, no les queda más camino que recurrir a la mediocridad, y a la atención ineficiente del servicio.

Aunado a ello, es claro como se expuso en el cuarto capítulo, que dichas falencias constituyen un riesgo para el Estado Colombiano, el cual además de tener que sufrir los dolores de cabeza que genera las constantes quejas y solicitudes de amparo que a diario impetran los usuarios antes las instancias judiciales, debe indemnizar aquellos casos en los cuales se comprueba que hubo negligencia u omisión en la prestación del servicio público de salud, bajo la teoría de la responsabilidad civil extracontractual derivada de la falla del servicio, ya sea presunta o probada, lo que en definitiva conlleva al pago de un perjuicio patrimonial del usuario o de sus familiares en caso de su deceso, circunstancia que antes que contribuir al mejoramiento del sistema, hace que del mismo un medio que justifica la reclamación administrativa ante la jurisdicción competente.

Tal situación, debe llevar a reflexionar acerca de las medidas que a la fecha se han tomado y la eficacia que las mismas han demostrado, a fin de que se replanteen nuevas estrategias que tenga como fin primordial el cumplir con los fines del Estado en materia del derecho fundamental a la salud, las cuales no solo deben provenir de la normatividad y políticas públicas del Estado, sino que también deben abarcar los focos donde se encuentra el verdadero problema, como es el desempleo, la informalidad laboral, las condiciones desiguales de la prestación del servicio, etc.

PROPUESTAS DE MEJORA

Como el objeto de este ejercicio académico, no es solo el de criticar las falencias del sistema de seguridad social en salud en Colombia, en el presente apartado se enunciarán algunas propuestas que pueden ser consideradas como útiles para reformular o complementar las estrategias que a la fecha ha venido adoptando el Estado Colombiano.

En primer lugar, se considera que es necesario antes que imponer a los habitantes del territorio la obligación de afiliarse, la creación y promoción de empleos formales, basados en relaciones laborales, a fin de que el afiliado cuente con un subsidio por parte de los empleadores, que contribuya con la financiación de los servicios de salud que se le prestan, para de esa manera descongestionar un poco el régimen de salud subsidiado, pasando muchas personas de este al régimen contributivo a través de la disminución de los índices de desempleo.

En segundo lugar, se considera necesario y procedente mejorar los tiempos de respuesta de la atención en la prestación del servicio, tanto en la asignación de consultas como en la atención en los servicios de urgencia. Dicha meta podría ser alcanzada, si se fortalece la infraestructura de las entidades y centros hospitalarios que prestan este servicio, a través de la vinculación de mayor número de personal y la expansión de las áreas de acción del sector de la salud, las cuales pueden ser dentro del mismo espacio donde se encuentra la entidad prestadora del servicio, o mediante el establecimiento de sucursales, que sean de fácil acceso a los usuarios del sistema, lo que también contribuiría bastante en la disminución de la afluencia de usuarios a los servicios de urgencias de los hospitales.

Así mismo, se considera que es necesario prescindir de la clasificación que trae la Ley 100 y sus modificatorias, en lo que respecta a los regímenes de afiliación, toda vez que sería de más provecho la unificación de un solo régimen que tuviera metas conjuntas y formas de solidaridad entre los fondos que subsidian el servicio de salud, de forma tal que todos los colombianos tengan acceso en igualdad de condiciones sin que sea objeto de valoración para la prestación del servicio si se encuentra en un régimen o en otro, dado que de acuerdo a la interpretación que del derecho fundamental de la salud realiza la Corte Constitucional, este es uno solo para todos los habitantes del territorio colombiano, sin que pueda mediar distinción alguna en razón a su condición social o económica.

Con la puesta en marcha de una iniciativa de esa índole, se podrían eliminar los mal llamados “paseos de la muerte”, los cuales se ocasionan en gran medida por los trámites burocráticos, la falta de comunicación y colaboración de un régimen a otro, los cuales condicionan la prestación del servicio a si el afiliado pertenece a un régimen o a otro, limitando el acceso a los afiliados al régimen subsidiado al servicio público de salud en los centros hospitalarios de carácter privado, lo que se considera odioso y discriminatorio.

De la mano con la propuesta de vincular más personal médico a las entidades que prestan el servicio público de salud, se encuentra la necesidad de brindar capacitación constante al personal de asistencia en salud de todos los niveles, así como el mejoramiento de sus condiciones laborales, a fin de que éstos vean en su profesión una vocación de servicio y no una opción más de vida.

Por otro lado, es necesario incrementar las acciones preventivas del Estado en materia de salud, a través de acciones de saneamiento ambiental, manejo de plagas, inspecciones concienzudas y rigurosas en los alimentos que se comercializan en todos los mercados del país, la implantación de una cultura de autocuidado a través de la educación, etc. Así mismo, es necesario generar en la colectividad, una cultura de uso del servicio de salud de manera preventiva, a través del incentivo a que se realicen chequeos periódicos en todas las etapas de la vida, a fin de determinar con tiempo posibles condiciones adversas a la salud, que puedan ser tratadas de manera preventiva y no correctiva, lo que a la postre sería de mayor beneficio tanto para el usuario, como para la entidad promotora del servicio de salud, la cual al tratar los problemas médicos desde su origen, evitaría los altos costos que se generan en cuidados intensivos o en tratamientos correctivos de alto costo.

Ahora bien, en virtud del principio de la participación que debe orientar la prestación del servicio de salud, se considera que es necesario una mayor injerencia de los usuarios en las políticas que definen la prestación del servicio, a fin de que sus sugerencias sean tenidas en cuenta, así como sus propuestas de mejoramiento.

Por otro lado, también es menester incluir dentro de las políticas públicas de atención en salud un perfil epidemiológico por regiones que permitan al Estado atender de manera preventiva o curativa aquellas enfermedades que sean de común presentación en dichas regiones, teniendo

en cuenta las especiales circunstancias de cada población, y conforme a las mismas, realizar un diagnóstico adecuado y por consiguiente un tratamiento que se ajuste al mismo. Lo anterior, en razón a que las condiciones geográficas de cada región, merecen ser evaluadas por las entidades de salud, especialmente en lo que respecta a su tratamiento, ya que como es conocido en la actualidad, para las enfermedades comunes, el tratamiento y los medicamentos que se recetan son genéricos a nivel nacional, lo que en alguna medida puede contribuir a que el usuario no presente mejoría en sus afectaciones de salud, dadas las condiciones especiales de cada región.

En ese sentido lo ha enunciado Estrada (s.f., p. 1), al decir que la creación de un perfil epidemiológico permite la “recopilación, análisis e interpretación de datos específicos sobre diferentes eventos de salud, en este caso, los originados por agentes externos y que están relacionados con el ambiente, y cuyo deterioro se ha venido acrecentando de manera acelerada durante las últimas décadas”. De ahí la importancia de cada región, realice estudios que permitan determinar estos agentes externos, y el tratamiento adecuado para las enfermedades que los mismos generan. Así mismo, Di Cesare (2011, p. 11), quien considera que necesario “integrar y analizar la información a disposición sobre cargas de enfermedades y factores de riesgos”, la cual debe necesariamente generar un “impacto sobre las políticas y acciones en materia de salud”.

Además de ello, es imperante cambiar la concepción de la salud como un derecho prestacional, dado su actual carácter de derecho fundamental, lo que comporta la necesidad de integrar las EPS y las IPS buscando a toda costa la integralidad en la prestación del servicio de salud, para de esta manera evitar la fragmentación en la prestación del servicio, teniendo un enfoque diferenciado y regional en la prestación del servicio que no tenga en cuenta el régimen al cual se encuentra afiliado al usuario, sino las necesidades y urgencias que requieren mayor atención, a fin de superar las condiciones discriminatorias que se presentan en la actualidad.

REFERENCIAS

DOCTRINA

- Alessandri, R, A. (1981). De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile: Imprenta Universal.
- Alexy, R (1993). Teoría de los Derechos Fundamentales. Traducido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arenas. M.G., (2014). *El derecho colombiano de la seguridad social*. 3º Edición. Legis. Bogotá.
- Ayala, C. L. A. (1996). *Principios de la seguridad social en el sistema general de riesgos profesionales*. CES Medicina, 10(1), 48-50.
- Baldassarre (2001). Los derechos sociales. En *Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho*, 20, p. 450
- Belalcazar, P, I, E (2012). La equidad en el plan obligatorio de salud colombiano: una visión comparada. Universidad Nacional de Colombia: tesis para optar al título de magister en Derecho.
- Bullinger, M (2005). El *service public* francés y la *daseinsvorsorge* en Alemania. En *Revista de Administración Pública*, 166, 29 - 49
- Cortes H. O. I (2011). *Derecho de la Seguridad Social*. 4º Edición. Librería Ediciones del Profesional Limitada.
- Castaño R.A., Arbeláez JJ., Giedion U., Morales L.G., (2001). *Evolución de la equidad en el sistema colombiano de salud*. Secretaria Ejecutiva Naciones Unidas. Santiago de Chile.
- Chevalier, J (1987). *Le service public*, París, Francia.
- Dueñas, R, O, J. (2012). Constitucionalización e internacionalización de los derechos a la salud y a la pensión. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

- Echerri, U, A (2013). La noción del servicio público y el Estado Social de Derecho. El caso colombiano. En *Novum Jus*, 7(2), 111 – 127.
- Forsthoff E, (1967). Sociedad industrial y administración pública. Traducido por la Escuela Nacional de Administración Pública de Madrid.
- Ferrajoli, L (2004). Derechos y garantías: la Ley del más débil. Madrid. Editorial Trotta.
- Francesco, M (1975). Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo VI. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América.
- Gañan, E, J, L (2013). Los muertos de la Ley 100: Prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud: una razón de su ineficacia. Antioquia: Imprenta Universidad de Antioquia, Colombia.
- García de Enterría, E & Fernández, T (2002). Curso de derecho administrativo. Tomo II. Octava Edición. Madrid: Civitas.
- García – Pelayo, M (1985). Las transformaciones del Estado contemporáneo. Madrid: Alianza Editorial.
- Hinestrosa, F (1964). Conferencias de Derecho Civil: Obligaciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Irisarri, B, C. (2000). El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano. Tesis para optar por el título de abogado. Pontificia Universidad Javeriana.
- Josserand, L (1951). Teoría General de las Obligaciones. En: Derecho Civil. Tomo II. Volumen II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América Bosch y Cia Editores.
- Katz, A (1987) *Staatsrecht*, Muller, Heidelberg.
- Morand – Deviller, J (2010). Curso de Derecho Administrativo: temas de reflexión, comentarios y análisis de fallos. Décima Edición. Traducido al español por Zoraida Rincón Ardila y Juan Carlos Peláez Gutiérrez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Paredes, H, N (2003). Derecho a la salud: su situación en Colombia. Bogotá: Ediciones Antropos Limitada.
- Restrepo, J., Lopera, J., Rodriguez, S. (2007). La integración vertical en el sistema de salud colombiano, *Revista de Economía Institucional*, 9(17), 279 – 308.
- Rousseau, J, J (1987). Segundo discurso sobre la desigualdad entre los hombres. Madrid: Ediciones Técno.
- Salomoni, J, L (1999). Teoría del Servicio Público. Buenos Aires: Villela Editor.
- Santos, B, J. (2012). Responsabilidad civil. Tomo I. Bogotá: Editorial Temis.
- Schlüter, K (2002). El servicio público en la República Federal de Alemania. En *Revista Centro Americana de Administración Pública*, 42, 57 – 74.
- Vanegas y otros (2014). Guía para la elaboración de proyectos de investigación. Universidad Libre de Colombia.
- Villar, B, L (2007). Estado de derecho y Estado Social de Derecho. En *Revista Derecho del Estado*, 20, 73 -96

NORMATIVIDAD

- Congreso de la República (1936). Acto Legislativo 01 (5 de agosto). *Reformatorio de la Constitución*. Diario Oficial No. 23.263 del 22 de agosto de 1936.
- Congreso de la República (1990). Ley 10 (enero 10). *Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No. 39137 del 10 de enero de 1990.
- Congreso de la República (1993). Ley 100 (23 de diciembre). *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No. 41.148 del 23 de diciembre de 1993.

Congreso de la República. (1994). Ley 142 (11 de julio). Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 41.433 del 11 de julio de 1994.

Congreso de la República (2001). Ley 715 (21 de diciembre). Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros. Diario Oficial No. 44654 del 21 de diciembre de 2001.

Congreso de la República (2007). Ley 1122 (9 de enero). Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 46506 del 9 de enero de 2007

Congreso de la República (2011). Ley 1438 (enero 19). Por medio de la cual se reforma el Sistema de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 47.957 del 19 de enero de 2011.

Congreso de la República (2013). Proyecto de Ley Estatutaria No. 209. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. Gaceta del Congreso No. 116 del 21 de marzo de 2013.

Congreso de la república (2015). Ley estatutaria No. 1751 (febrero 16). Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 49427 del 16 de febrero de 2015.

Presidencia de la República (2004). Decreto 272 (enero 29). Por el cual se modifica la estructura del Instituto Nacional, INS, y se determinan las funciones de sus dependencias. Diario Oficial No. 45.446 del 30 de enero de 2004.

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 16 de septiembre de 1999. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 3 de febrero de 2000. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado. Sentencia del 7 de octubre de 2009. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado. Sentencia del 28 de abril de 2010

Consejo de Estado. Sentencia del 17 de abril de 2011. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia C- 559 del 20 de octubre de 1992. Magistrado Ponente: Simón Rodríguez Rodríguez.

Corte Constitucional. Sentencia T- 471 de 1992. Magistrado Ponente: Simón Rodríguez Rodríguez. Extraída directamente de la Corporación.

Corte Constitucional. Sentencia T – 484 del 11 de agosto de 1992. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia T – 116 del 26 de marzo de 1993. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional. Sentencia T – 366 del 3 de septiembre de 1993. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia T – 447 del 13 de octubre de 1994. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia C – 450 del 4 de octubre de 1995. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia T – 281 del 25 de junio de 1996. Magistrado Ponente: Julio Cesar Ortiz Gutiérrez.

Corte Constitucional. Sentencia T – 059 del 10 de febrero de 1997. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia SU – 111 del 6 de marzo de 1997. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T – 586 de 1999. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Extraída directamente de la Corporación.

Corte Constitucional. Sentencia SU – 062 de 1999. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Extraída directamente de la Corporación.

Corte Constitucional. Sentencia C – 043 del 25 de febrero de 1998. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia T – 941 del 24 de julio de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia T – 595 del 1 de agosto de 2002. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia T – 760 del 31 de julio de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia c – 556 del 20 de agosto de 2009. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional. Sentencia T – 570 del 26 de agosto de 2013. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia T – 528 del 18 de julio de 2014. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

WEBGRAFÍA

Asociación Colombiana de Clínicas y Hospitales. (2013). 31° Informe de seguimiento de cartera hospitalaria con corte a 31 de diciembre de 2013. Consultado el 20 de agosto de 2015. Recuperado de: <http://www.achc.org.co/investigaciones.php?idcat=27>

Comisión Intersectorial para la Atención Integral de la Primera Infancia. (s.f.) Lineamiento técnico de salud en la primera infancia. Consultado el 15 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.deceroasiempre.gov.co/QuienesSomos/Documents/7.De-Salud-en-la-Primera-Infancia-resumen.pdf>

Comité de los Derechos del Niño. (2013). Observación general sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Consultado el 15 de mayo de 2015. Disponible en: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf

Del Guayo, C, I & Pielow, C (1996). Sector público y economía del abastecimiento (*versorgungswirtschaft*) en la República Federal de Alemania. Consultado el 12 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.arinoyvillar.com/wpweb/WP21.pdf>

Departamento nacional de estadística (2014). Consultado el 23 de enero de 2015. Disponible en: http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/ELPS/CP_ELPS_2012.pdf

Gamba, L, J, C (2012). Régimen constitucional colombiano del servicio público. Consultado el 15 de mayo de 2015. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2544/12.pdf>

Icontec. (2014). IPS acreditadas. Consultado el 20 de agosto de 2015. Recuperado de: <http://www.acreditacionensalud.org.co/novedades.php?IdSub=108&IdCat=25&titulo=IPS%20ACREDITADAS>

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949). Traducida por Ricardo García Macho y Karl – Peter Sommermann. Consultada el 12 de mayo de 2015. Disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

Asamblea Constituyente (1991). *Constitución Política de Colombia*. Consultada el 23 de enero de 2015. Disponible en:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Ministerio de la Salud y de la Protección Social (2006). *ABC del Sistema de Protección Social: Deberes y Derechos*. Consultado por última vez el 11 de marzo de 2015. Disponible en:

<http://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/CARTILLA%20DEL%20ABC.pdf>

Ministerio de la Salud y de la Protección Social (2013). *Estudio sobre el modo de gestionar la salud en Colombia*. Consultado por última vez el 11 de marzo de 2015. Disponible en:

<http://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/Estudio%20sobre%20el%20modo%20de%20gestionar%20la%20salud%20en%20Colombia.pdf>

Ministerio de la Salud y de la Protección Social (2015). *Misión Institucional*. Consultado por última vez el 11 de marzo de 2015. Disponible en:

<http://www.minsalud.gov.co/Ministerio/Institucional/Paginas/mision-vision-principios.aspx>